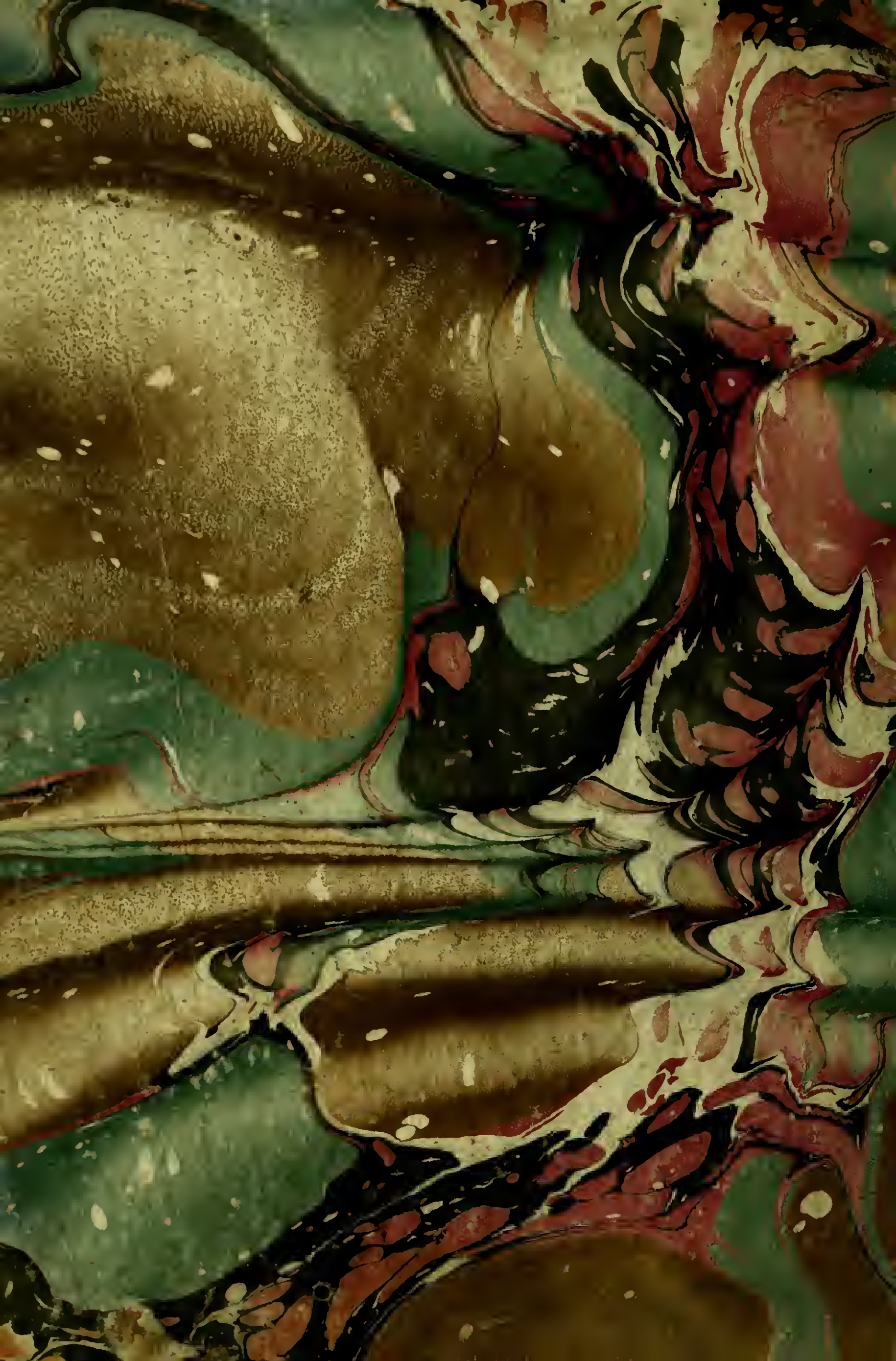
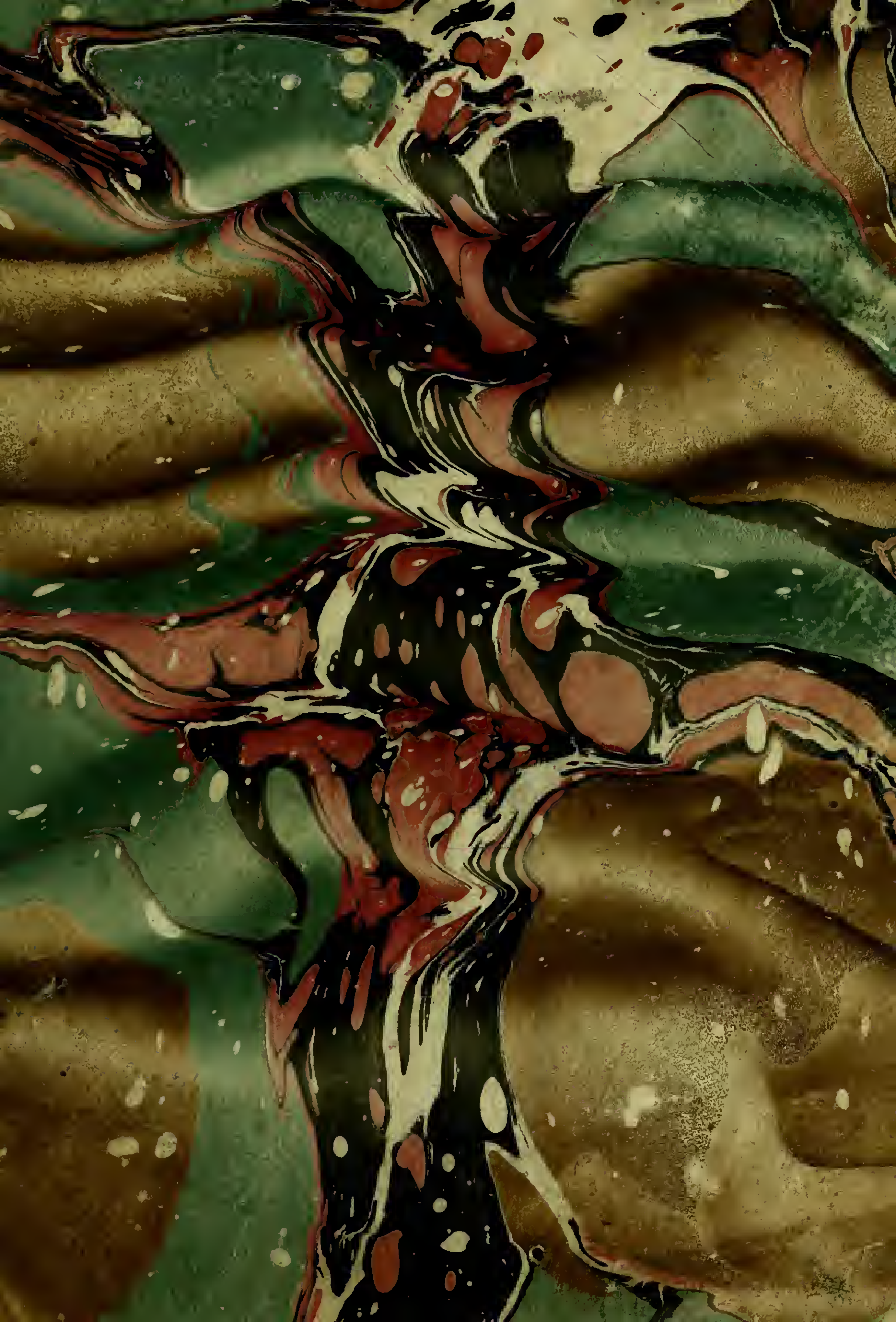








LIBRERIA DE ESCRIBANOS,

É INSTRUCCION JURIDICA THEORICO práctica de Principiantes.

PARTE PRIMERA

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE TESTAMENTOS, Y CONTRATOS.

OBRA UTILISIMA PARA TODA CLASE DE PERSONAS.

Corregida, mejorada, y adiccionada por

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO, NATURAL de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y del Colegio de esta Corte, y Agente de Negocios de los Reales Consejos.

TOMO PRIMERO.

Valle



CON PRIVILEGIO, Y LICENCIAS NECESARIAS.

MADRID: EN LA IMPRENTA DE D. PEDRO MARIN.

AÑO DE MDCCLXXXIX.

AL ILL.MO SEÑOR

CONDE DE CAMPOMANES,

DEL REAL, Y SUPREMO CONSEJO,

Y CAMARA DE CASTILLA,

y Director de la Real Academia de la Historia.

ILL.MO SEÑOR.

EL amor à la Patria, las repetidas instancias de algunos amigos, y el deseo de imitar en lo posible à V. S. I. en procurar la utilidad comun, me han estimulado à componer, y dár à luz una obra que titulé: *Libreria de Escribanos*, à fin de extirpar errores, deshacer las equivocaciones que los

Formularistas de Escrituras padecieron, instruir radicalmente en éstas à los Principiantes, y beneficiar de algun modo al Público.

Para que de todos fuese mas bien recibida, determiné (siguiendo la inveterada maxima de los Escritores) buscar Mecenas, cuyo respetoso nombre por su carácter, y profundo conocimiento de las materias de que trata, y por aquella envidiable bondad que encarece la *Ley 6. tit. 9. Partid.* 2. fuese antemural contra la ceñuda emulacion; y concurriendo en V. S. I. estas, y otras circunstancias mas elevadas, no puedo menos de dedicarsela, y suplicarle la protexa.

Espero que V. S. I. la recibirá como una mera ofrenda, obsequio, y demonstracion del afecto que le profeso.

Nuestro Señor prospere la vida à V. S. I. dilatados años. Madrid 25. de Abril de 1769.

ILL.MO SEÑOR.

B. L. M. de V. S. I. su mas rendido afecto, y seguro servidor

Josef Febrero.

PRO-

PROLOGO

E INTRODUCION A LA OBRA.

SIrven regularmente los Proemios que los Bibliografos ponen en el frontispicio de sus libros, para disculpar los errores conocidos despues de su impresion: y para dar razon de la obra, del tiempo que impendieron en ella, de los cortos materiales que tuvieron para su perfecta construccion, y de las dificultades que superaron. Todo se dirige en fin à conciliar, y adquirir la benevolencia de los Lectores, para que el recien nacido libro halle disculpa en unos, agrado en otros, y en ninguno oposicion. En este supuesto viendome constituido en el empleo público, y honorifico de Escribano Notario Real, ò de los Reynos que el Señor Rey Don Fernando VI. (que está en gloria,) se dignó dispensarme en el año de mil setecientos cinquenta y siete: No habiendo tenido para mi instruccion hasta entonces mas libros que el que escribió Don Pedro Melgarejo, cuya formúla no me comunicaba las luces necesarias para disolver las diarias dudas que se me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso pielago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, à fin de desempeñar mi obligacion: acordandome de que el docto Graciano en el Prefacio de sus Disceptaciones forenses num. 70. dice: *Accedat quod veterum nos monet authoritas, ut aliquo genere exércitationis animus sit excitandus, cum plurima mortalibus commoda per exercitationem, damna vero infinita per segnitiem eveniant. Consuetudo enim, & exercitatio intelligendi prudentiam acuit, eloquendi celeritatem indicat, memoriam firmat, & alit, naturæ vitium tollit, ingenii vires excitat, scientiam auget, meliores, & doctiores eficit, & unaquæque res per exercitium recipit incrementum.* Y considerando que el medio unico de conseguirlo, era leer con reflexion, y cuidado las leyes del Reyno, y Expositores que con tanto acierto las inter-

pretaron, dandolas el genuino, y verdadero sentido, é inteligencia: Determiné aplicarme à su estudio, y extraer la medula que por lo concerniente à Testamentos, y contratos doy al Público en esta primera parte de la *Libreria de Escribanos, è Instruccion Juridica theorico practica de Principiantes.*

No fue à la verdad mi primer animo dar à luz esta obra, sino hacerla para mi instruccion por dos causas: la primera, porque como tengo talentos muy limitados, y poca práctica, no he saludado la Jurisprudencia, ni concurren en mí aquellas tres dotes que en sublíme grado notó Quintiliano en Ciceron *lib.* 10. *institut. orator. cap.* 17. ibi: *Nam quis docère diligentius, movère vehementius? Cui tanta unquam jucunditas affluit?* me contemplé exhausto de fuerzas para empresa propia, y digna de pluma mas bien cortada que la mia, y de ingenio mas eminente, y que por lo mismo no solo me seria inasequible, sino que todos me increparian justamente de temerario. Y la segunda, porque aun quando tuviera las suficientes, como no hay cosa nueva que escribir, (1) y tantos Autores benemeritos de alabanza por su trabajo, y buen deseo del acierto, que son Monterroso, Ribera, Palomares, Villarroel, Arguello, Torneo, Melgarejo, (à quienes criticó con fundamento Ripia en su práctica de Testamentos, y modos de succeder,) y otros escribieron en idioma vulgar de las materias de que trato, me parecia ocioso, y reprehensible repetirlas, y muy penoso coordinar las especies que comprehenden.

Pero mis amigos inteligentes sin hacerse cargo de mi ineptitud, ni de la gran diferencia que hay de escribir para mí, ò para otros, especialmente en la estacion actual que tanto abunda de Criticos, me desvanecieron esta repulsa con tres razones entre otras: la primera, que los Autores citados conociendo tal vez que los Escribanos son poco estudiosos, y que por lo mismo siendo sus obras sucintas, las estimarian mas, y tendrian mejor sali-

(1) Nihil novum sub sole. Eccles. cap. 1. Nihil dictum quod non dictum sit prius. Terent.

lida : no habian hecho otra cosa que formularios diminutos de escrituras para principiantes, sin expresar la virtud, y efectos de los contratos, cláusulas que en ellos pusieron, y leyes que renunciaron, à fin de que supiesen lo que permiten, ò prohiben, y pudiesen explicarlo à los Contraientes, y Testadores, ni otras dificultades que ocurren, por lo que se veían perplexos, y confusos los Escribanos que no son latinos, y aun los que lo son, sin poder desatarlas, ni responder mas que: *Asi lo dice Melgarejo: asi lo he visto practicar à Fulano mi maestro*: en vez de decir: *asi lo manda tal ley*, de que se evidenciaba que hacian lo que el Papagayo, y Mona, que hablan, y hacen lo que ven, y les enseñan, sin saber lo que es, por cuya razon eran reputados, y tratados como ignorantes, y como tales despreciados con justa razon: y se admiraban no les causase pudor el dar esta respuesta à vista de lo que dixo el Emperador Justiniano en la Authentica *Jam quiddem de trienn. & semis. tit. 5. colat.* 3. por las siguientes palabras: *Erubescimus dum sine lege loquimur.* Pues no les podia servir de satisfaccion lo que responden otros por éstas: *Quærere legem ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus*; por no alcanzar todos con su razon natural lo que necesitan saber, ni la que tuvieron los Legisladores para establecer algunas leyes.

La segunda, que habiendo leyes Reales fundadas en razon, y dichos de Santos Padres, y Sabios, (1) que como sujetos à ellas debemos observar, y no las estrañas, por no tener en estos dominios fuerza de tales: (2) parece habian estado escondidas para los Autores referidos, y no las habian visto, ò que se habian empeñado en no mencionarlas en las escrituras, sino à las civiles que por estar en latin, no entendian los romancistas; como si éstas tuvieran mas vigor que aquellas, ò subsistiera aun sobre nosotros el Imperio Romano; y à veces en renunciar leyes que no hay,

(1) Ley 6. tit. 1. Partid. 1. Partid. 1. y Auto 1. tit. 1. lib. 2.
(2) Leyes 12. 15. y 16. tit. 1. Recopilacion.

hay; ò no versan en el asunto, ò son irrenunciables por estár establecidas à favor de algun Estado, ò prohibida su renunciacion; y otras veces en poner ésta en confuso, sin citarlas especificamente, ni expresar en el ingreso de la obra, ni en las escrituras lo que mandan, ò prohiben para su inteligencia: que por lo mismo habian padecido muchas equivocaciones, y los posteriores copiado en diverso estilo de sus predecesores, sin aumentar, ni hacer otra cosa: y que por no haber profundizado todos los cimientos de sus obras, se habian quedado sus discipulos en ayunas de lo mas esencial que debian saber, causando por su impericia vencible, que el derecho (1) reputa por culpa, graves perjuicios à los contraientes, y herederos de los Testadores.

Y la tercera, que no solo por mi empleo, sino por mi extraordinario trabajo debia ser util à la República, como dice aquella célebre sentencia: *Non nobis nati sumus, nam partem vindicat patria, partem amici*, y de lo contrario contado por miembro seco de ella, à cuyo fin me trageron à la memoria lo que dicen el *Eccles.* 20. *vers.* 22. ibi: *Sapientia absconsa, & thesaurus invisus, quæ utilitas in utriusque?* Santiago Apostol 4. *vers.* 17. *Scienti bonum facere, & non facienti, peccatum est illi*; y el mismo Graciano en los *num.* 69. *y* 70. *de su Prefacio* ibi: *Cum etiam qui in aliqua disciplina laborarunt, astringantur ex professionis debito, quæ mente conceperunt instar seminis in lucem proferre: quem admodum enim triste est decedere sine hærede, ita quoque miserrimum judicatur habenti à Deo optimo maximo gratiam intellectus posteris suis, id est studiosis nihil scriptum relinquere, quo possint velut hæredes intellectus aliqualiter consolari.* Y al *num.* 77. *Laborare igitur unusquisque debet, ut usui sit sibi & aliis*: y añadieron otras razones poderosas, exagerandome para obligarme à su condescendencia, que habia grande necesidad de esta obra: que por ser tan clara, y copiosa, lograrian grandes ventajas, y alivio los

Es-

(1) Leyes 175. ff. de Reg. jur. y 5. tit. 34. Partid. 7.

*A

Escribanos, y otros que no lo son, asi en no tener que gastar en tantos libros, como en hallar epilogado metodicamente en uno mucho mas que lo que otros escribieron: que por consiguiente resultaría beneficio público de su edicion, y que asi la coordinase, pues quien habia hecho lo mas, debia hacer lo menos.

Alentado de sus eficaces persuasiones, (bien que sin dejar de penetrar que mas eran parto de su amistad, que estimulo de la utilidad, y necesidad, que hiperbolicamente me aparentaban,) acordandome de aquel Verso de Juvenal: *Audaces fortuna jubat, timidosque repelit.* No haciendo caso de los mortales golpes de la Censura, (pues es muy infeliz la fortuna, que carece de emulos, como se expresa en los Proverbios:) y teniendo presente que todos los libros se componen de bueno, mediocre, y malo: (1) que si en la variedad de ellos pudiese haber alguno, que estuviese sazonado como el Maná al gusto del paladar de todos los lectores, no hay duda que su Autor tendria suma dicha, por haber tocado el mejor punto de precepto en la materia de que trata; (2) y que como el escribirlos no tendrá fin hasta que lo tenga el mundo, (3) jamás puede tener principio el conseguirlo, sin que el Omnipotente haga este milagro en los Escritores, como en el Maná hizo aquel prodigio: me rendí à complacerles, sacrificando en su holocausto, y del Público esta pequeña produccion de mis tareas, y tomando nuevo trabajo, porque me fue indispensable preguntar à los Doctos muchas dificultades que me ocurrian, quien trataba de ellas, y estudiarlas, para que mi doctrina fuese mas acendrada, y vestida, y los principiantes no aprendiesen errores: y (siguiendo la sentencia del Jurisconsulto Ulpiano en la *ley* 1. *al princip. ff. de Reb. cred. y glos. in* §. *Igitur* 4. *Instit. in proœm. verb. Easdem:*) componer, y concretar por Capitulos, y Paragrafos lo que para mi gobierno tenia epilogado en especies suel-

(1) Mart. lib. I.
(2) Oratio in Arte Poet.
(3) Eccles. cap. ult.

sueltas, segun las habia recogido: motivo porque tardé mas de seis años en su conclusion para la primera edicion que hice.

Para su mejor inteligencia huyendo, y escusando la obscuridad que aborreció el Philosofo: (1) haciendome cargo de que ésta nace muchas veces de la brevedad, segun nuestro Seneca: (2) y no olvidandome de la discreta advertencia del Doctisimo Quintiliano *libro* 4. *instit. orat. cap.* 2. ibi: *Satius aliquid est narrationi superesse, quam deesse, nam super vacua cum tædio dicuntur, necessaria cum periculo substrahuntur.*; tuve por conveniente principiar por la difinicion de cada materia, (no obstante que en el derecho civil (3) es peligrosa) persuadiendome que como explica la esencia de la cosa por su genero, y diferencia, (4) serviria de mayor claridad à los Principiantes. Despues pasé à la division, la qual manifiesta la quantidad, y separacion de las partes que componen el todo actual, ò potencial, como que es el principio de la claridad, y por ella mas facilmente se viene en conocimiento, è inteligencia de qualquier negocio: (5) y luego à expresar quienes pueden, ò no celebrar los contratos, lo que en cada uno permiten, ò prohiben las leyes, qué cláusulas debe contener, y qué pactos están prohibidos; tocando, bien que por incidencia, y de paso otras mnchas particularidades, y prevenciones asi en orden à escrituras, como à particiones, dignas de saberse, y dudas que suelen ocurrir por falta de ley Real, ò de bastante extension en varios casos, en que discordan los Autores. Y por ultimo sin dejar de conocer la redundancia de palabras superfluas que contienen muchos instrumentos; y sin desviarme de la práctica comun, por no causar notable novedad à los actuales Profesores, para que muchos no pon-

(1) Arist. 1. 1. comm. opin. lib. 1. tit. 5. num. 48.
(2) Senec. Epist. 114.
(3) Regla 203. ff. de Reg. jur.
(4) Arist. 2. Poster. cap. 10.
(5) Card de Luc. de Cred. & debit. disc. 31. num. 12. Senec. Epist. 89. Casiod. lib. 4. Variar. Epist. 11. Roxas in Epith. Succes. cap. 1. num. 1.

pongan el obice de diminutos y mal hechos à algunos; considerando que lo que abunda no daña, y que las palabras por duplicadas no vician las escrituras, como dice el Derecho: estendí en estilo moderno las regulares correspondientes à cada Capitulo, arregladas à las leyes del Reyno, y ciertas notas sobre ellas, y el papel sellado que deben llevar, y asimismo algunas cláusulas separadas, por evitar prolixidad en la ordenacion de mas instrumentos, y en el ultimo tomo un indice general alphabetico para alivio del lector; cuyo metodo theorico y práctico aprendí en la Philosofia, usaron los Autores Sumaristas, y Magistrales, y me enseñaron las mismas leyes. Y por evitar, y cortar de raiz los inconvenientes propuestos por mis amigos, puse en las escrituras renunciacion de las leyes Reales, sin hacer caso de las civiles; por lo que el que quiera ser algo mas que buen escriturario, y saber como ha de testar, y contraer, procure retener en la memoria, y observar no solo el contexto del Capitulo IV. en que explico las concernientes à Eclesiasticos, hijosdalgo, labradores, menores, mugeres, y otros, sino el de quanto comprehenden los diez y seis de esta obra, y para ello niéguese enteramente como yo, ò à lo menos hurte muchos ratos al ocio, y dediquese à su estudio con reflexion, y cuidado, para que tal vez por este defecto no entienda al rebés su doctrina; y de esta suerte no le sucederá lo que dixo San Bernardo, y es: *Que por no aplicarnos, ò no tener cuidado de estudiar, ò por verguenza de preguntar muchas cosas, que debemos saber, las ignoramos*; pues sin pelear legitimamente, no se consigue la victoria; y aun aplicandose como debe, no hará poco en desempeñar su obligacion, si le sucede lo que à mí, que sin embargo de tanto como he leido y leo con atencion reflexiva, y cuidadosa, estoy cada dia mas torpe, dudo mas, y sé menos; bien que esto dependerá de la flaqueza de mi memoria, y crasitud de mi entendimiento, y limitacion de mi talento, mas no de la falta de aplicacion.

Con este motivo: con el de ser tantas las especies que con-

contienen los diez y seis Capitulos de esta obra: y carecer de energia, y eloquencia para explicarlas sucinta, y compendiosamente, aunque en lo laconicó del enseñar consiste el acierto del maestro sabio; (dixo Euripides,) y Horacio lo juzgó necesario, principalmente quando se escribe para la enseñanza pública, segun consta en su Arte Poetica:

Quidquid præcipies, esto brevis, ut cito dicta
Percipiant animi dociles, teneantque fideles.

y sabiamente lo aconsejan Pythagoras, San Bernardo, y otros, no pude decir mucho en pocas palabras, para que con mayor gusto se leyese, y con mas prontitud se aprendiese, y conservase en la memoria, (pues no hay duda que quanto mas breve es la materia, tanto mas facilmente se aprende, y conserva, y con mayor atencion se lee, como expresó *Origenes* à *Judit* por estas palabras: *Brevis, & prudens sermo, & atentius, & libentius auditur, & memoriæ mandatur*; y la experiencia lo acredita) por lo que me ví privado de seguir enteramente aquel consejo; pero procuré ceñirme en el modo posible, y à este efecto imitando lo que escribe *San Geronymo en la Epist.* 2. *à Nepociano*: dice el *Concilio Tridentino*, bien que à mas elevado asunto, en la *Ses.* 5. *cap.* 2. *de Reformat.* y encargan *Ciceron in Orat.* 1. *Lactancio Ferminian. in Proem. divinar. instit.* y *Cornelio tacito teste Plinio janiori in Epist* 20. *lib.* 1. *de las suyas*; y considerando que escribo para Principiantes ignorantes, y nó para maestros consumados, reduxe cada materia à numeros, y parrafos en metodo doctrinal, y estilo llano como facultativo, pues el dialogo me pareció odioso no solo para los doctos, sino para aquellos à quienes amaneció plenamente la luz oriental del raciocinio, aunque no lo sean: el elevado, y perhifraseado muy lato, obscuro, y confuso para Principiantes, y por lo mismo mas adequado à historia, ù oracion panegyrica, que à ciencia, y facultad; y el dialectico propio para la Cathedra, y Universidades; y casi no contiene esta obra aquel tan claro, eloquente, brillante, energico, y elevado, que al parecer deseaba Seneca en un buen Escritor, como se colige de su

Epist.

C

Epist. 100. en que dice:: *Nihil invenies sordidum, electa verba sunt, non coaptata, neque hujus sæculi more contra naturam suam posita, & inversa: splendida tamen quamvis sumantur è medio*; pero sí muchisimo mas sin comparacion que las de los referidos Autores, (pues lo contrario seria engañar al Público à pretexto de obra nueva con nuevo titulo) por lo que ya no las necesita el Principiante, ni puede alegar ignorancia.

Aconsejaba Isocrates á los Sabios, y Erudítos que compusiesen un libro que fuese para todos, diciendo que asi como las avejas toman lo mas util de cada una de las flores que registran, para fabricar la dulzura de su miel; asi tambien los hombres deseosos de adquirir, y trasladar al papel la verdadera erudicion, deben registrar con atencion cuidadosa hasta lo mas recondito de cada facultad, y elegir lo mas selecto, para dar à la luz pública un Escrito que merezca la universal aprobacion. En imitacion de tan loable consejo procuré extraer de las leyes y Autores, y trasladar à esta obra lo mas especial, y seguro, à fin de complacer à todos; pero como no soy Sabio, ni Erudito, ni estoy caracterizado, no podré lograrlo, y asi experimentaré el desprecio de unos, y la alabanza de otros, como lo expresó cierto Poeta en los siguientes Versos::

Diversis diversa juvant: quod spreverit unus,
Alter amat: cunctis nemo placere potest.

Por cuya razon tampoco podré gloriarme, como se gloriaba Ovidio de que su nombre era conocido en todo el mundo, segun lo manifestó en una de sus Epistolas por éste::

Jam canitur toto nomen in orbe meum.

Siento que esta obra no incluya especies deliciosas, pues lo dulce mezclado con lo util aníma mas à leerlo, y quita toda repugnancia, como expresó Horacio en estos Versos::

Omne tullit punctum, qui miscuit utile dulci;
Lectorem delectando, pariterque monendo.

Pero me queda el consuelo de que no obstante será dulce, y delectable al Lector que sea Escribano, si se hace cargo de que en ella podrá aprender mucho de lo que ignora,

ria, y desempeñar con mas acierto su obligacion: y al que no lo sea, de que le servirá de pauta para testar, contraer, y otras cosas; y confio de su prudencia que aunque no me hallo graduado, ni caracterizado, y es sacada de disposiciones Reales, Civiles, y Canonicas, y de sus Expositores (como debió serlo, pues no soy legislador para imponer leyes, si no vasallo para entender, y observar las impuestas) lejos de despreciarla, la dará mayor estimacion, considerando que el grado no infunde ciencia, (1) ni la carencia de él priva de tenerla: Que no está vinculado à la grandeza el saber, ni à la pequeñez el ignorar: Que como dice San Geronymo, (2) no se debe atender à la opinion del Autor, sino à la razon de su doctrina: Que muchas veces el voto, y parecer de uno solo, y de menor credito suele prevalecer al de los mas, y mayor: (3) Que se vale Dios de medios, è instrumentos débiles para hacer mas portentosos sus prodigios, è inspira, y revela à los parbulos lo que ocultó à los sabios, y prudentes: (4) Que con los apoyos con que vá exornada, está mas afianzada mi doctrina: Que apenas hay quien no se valga de los agenos en la presente estacion para el ornamento de la suya: Y que no es poco trabajo epilogar, unir, y concordar con metodo, y claridad las proposiciones, y casos escritos, y dispersos en tantos libros, y leyes; à mas de otras que en ellos no se hallan, y añadí; pues Ceuxis pintor famoso para perfeccionar la hermosura de Elena que ciertos Griegos deseaban colocar en un Templo, hizo que le traxesen cinco doncellas las mas hermosas que se hallasen, è imitando de cada una sus mas especiales facciones, sacó un retrato peregrino.

Tienen comprehendido con error visible muchos ignorantes que el saber las leyes toca privativamente à los Jue-ces,

(1) Leyes Falsa §. 1. ff. de Condit. & demonstrat. y Senatores, ff. de Senatorib.

(2) D. Hieron. super Daniel.

(3) Leyes 10. tit. 14. Part. 1. y 1. §. Sed neque Cod. de Veter. jur. enucleand.

(4) Math. c. 11. Luc. c. 10.

ces, y Letrados, siendo asi que están en castellano, se dirige su precepto à todos, y ninguno puede eximirse de observarlas, è incurrir de lo contrario en sus penas, sino el pupilo, pastor, labrador, soldado, y muger en varios casos que prescribe el derecho, (1) bien que no para libertarse estos de las penas establecidas por ellas contra los malhechores, pues no les sufraga alegar su ignorancia, porque no solo por derecho positivo sino por el natural, y Divino está prohibido indistintamente à todos hacer mal. (2) Y para que con esta vulgaridad hija de la estolidez no dexe el Escribano de estudiar lo que está obligado à saber, digo que una cosa es la ley, y otra la razon en que estriva: y que hay leyes particulares, que son las que hablan solamente con cierto numero, y clase de personas, à quienes, y no à otras incumbe su pericia, y observancia, y hay leyes generales que hablan indistintamente con todas: y de éstas unas conciernen à Testamentos, y Contratos, y otras à los Juicios que de ellos se suscitan por la discordia de los interesados. De las que tratan de Testamentos, y Contratos, algunas imponen pena al Escribano, si los autoriza: otras solo los invalídan por defecto de capacidad natural, ò legal de los contraientes, ò de solemnidad, ò por ser contra su naturaleza, ò substancia algunos pactos que ponen en ellos; y de todas debe conservar lo dispositivo: de las primeras para no incurrir en la pena con que le comminan, si las contraviene: y de las segundas para prevenir à los contraientes las resultas que tendrá el instrumento, si lo otorgan, y evitarles los perjuicios que se les pueden irrogar, pues es indubitable que muchos no los otorgarian, si las supieran, y no habria tantos litigios que arruinan los Pueblos, y caudales mas floridos, ò à lo menos los dispondrian con tal claridad, que no dejase interpretacion siniestra, y problematica su contexto. Es verdad que no imponiendo la ley pena al Escri-

(1) Leyes 15. 16. 20. y 21. tit. 1. Partid. 1. y 31. tit. 14. Partid. 5.

(2) Ley 2. tit. 1. lib. 2. Recop.

cribano , ni prohibiendole autorizar el instrumento , en ninguna incurrirá , ni se le debe hacer cargo , aunque se anule , por contener algun pacto contra su naturaleza, ò substancia , ò hablar solamente la prohibicion legal con el Otorgante , ò por otro motivo , y que cumplirá en el fuero externo con dar fé de que los contraientes lo otorgaron así; pero tambien lo es , que en el interno no quedará indemne, y seguro , à menos que precediendo la prevencion expuesta, quieran sin embargo otorgarlo ; y si ignora las leyes , no sé como ha de hacersela , ni ordenar el instrumento conforme á derecho , antes bien creo que sucederá lo que al ciego , si otro le guia.

Debe saber igualmente aunque no con tanta puntualidad las tocantes à los Juicios , asi para estender los autos , y diligencias : prevenir alguna vez al Juez lo que se le pase por alto mediante el estado del pleyto , y lo producido en él , (pues el mas sabio lo yerra si se descuida) y conocer la justicia de los litigantes : como para los tramites , y substanciacion del juicio , y examen de testigos , especialmente en las Aldeas , en que por lo regular son legos los Jueces, y el Escribano es el que dirige su curso ; pero el descifrar, si la ley habla , ò no en aquel caso ; si se debe admitir , ò no la demanda , por ser contra derecho , ò sobre cosa juzgada , en que concurren las tres identidades de persona, (aunque sea *representative*) juicio , y cantidad , ò alhaja : ò no venir puesta en tiempo , y forma , ò por parte , ò contra parte legitima ; Si la excepcion es dilatoria , ò perentoria ; si por no intervenir la de cosa juzgada , litis pendencia , ò continencia de causa , deben , ò no acumularse unos autos à otros ; si corresponde tal auto , ò sentencia y la razon legal para decidir el negocio , (que los Legistas llaman el *Quid juris* , y es el espiritu de las leyes) no es de su inspeccion , sino de la del Juez , el qual si yerra su determinacion , con la revocacion del superior se evitará el daño que podia causar ; bien que à la verdad concibo que no se llama con propiedad saber las leyes , el tener en la memoria sus palabras , sino saber su fuerza , y potestad,

tad, como dice el derecho, (1) y que por eso debe el Escribano aprender, y entender no solo la ley, sino la razon de ella.

Y por si deseas saber (Lector amigo) qual es el oficio de Escribano: sin detenerme en impugnar, ni satisfacer à quanto hablaron voluntariamente contra él algunos Antagonistas, que tal vez no llegaron à penetrar los motivos, utilidad, y necesidad de su creacion, y subsistencia en las Monarquías (mediante la falacia, y beleidad humana,) ni atendieron à su objeto, que es la verdad, y justicia, ni à su operacion, que es liberal, te haré de paso un legal diseño, que destruye su concepto, y servirá de apología contra sus rasgos infundados, y meramente caprichosos. La *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 1. *del Fuero Real* llama público, y honrado al oficio de Escribano. La 2. *tit.* 19. *Partid* 3. dice que el que lo ha de exercer, debe ser christiano, libre, y no esclavo, de buena fama, vecino del lugar en que lo ha de usar, estár instruido en el arte de Escribanía, y guardar secreto. La 3. siguiente dice que el poner Escribanos es uno de los ramos del señorío del Reyno, y que solo al Rey, y Emperador como cabeza de éste, ò à quien su poder tenga, toca crearlos, pues no es conveniente que otro tenga facultad de poner lugar de tan gran guarda, y lealtad: que son como testigos públicos en los pleytos, y posturas que los hombres hacen entre sí: y que sus escritos deben ser creidos por todo el Reyno. La 14. del mismo titulo, y Partida manda que el que deshonrare, ò hiriere algun Escribano, pague dos tanto de lo que pagaria sino lo fuese, y otras contienen mas particularidades, que omito por no ser difuso; de todas las quales, (que no están derogadas, ni corregidas) se evidencia que el oficio de Escribano es noble, y honorifico: que como afirma el Ilustrisimo, y doctisimo Señor Don Diego Covarrubias Gobernador que fue del Real Consejo, (2) no puede probarse en derecho que

(1) Leyes Scire 17. ff. de Legib. y 13. tit. 1. Partid. 1.

(2) Señor Covàrr. pract. Quæst. cap. 19. num. 7.

que sea vil, ni infame: y por consiguiente que los que lo exercen, no deben ser afrentados sino por traicion contra el Rey, ò su Reyno, porque entonces el perpetrador aunque sea noble. incurre en infamia: ò por falsedad notoria, y no presumpta, pero en este caso se le ha de recoger primero el titulo, privarle de su uso, y declarar antes de la imposicion de la pena que ya no es Escribano. Y à vista de dichas leyes, y autoridad tan respetosa, y recomendable: de que para ser admitidos los Escribanos à examen, deben justificar con citacion del Procurador Syndico ante las Justicias de su domicilio limpieza de sangre, legitimidad, fidelidad, habilidad, buena vida, y costumbres, segun lo mandan las leyes, y Autos acordados Recopilados: (1) de que autorizan lo que los Jueces mandan, sin lo qual no tiene valor, por lo que firman con ellos: de que por Real Cédula de 2. de Septiembre de 1784. se les distingue como à los Jueces, de los profesores de las demás artes, y oficios en quanto no se les dispensa la ilegitimidad como à estos: y de que para poder autorizar los Secretarios del Despacho universal los testamentos, y contratos de Personas Reales, se les expide Notaría de Reynos, sin la que no pueden practicarlo por falta de autoridad sin embargo de la alta distincion de sus empleos; me asombra la ligereza, y temeridad con que algunos émulos, y malévolos preocupados indicaron en sus escritos lo contrario à lo que expresa, y terminantemente disponen las leyes; pues si esto fuera como dicen, sacariamos por consequencia necesaria que el noble se hacia vil, è infame por ser Escribano: Que uno de los medios de incurrir en vileza, è infamia era hacer constar limpieza de toda mala raza, y de oficios viles, legitimidad de nacimiento, pureza de costumbres, habilidad, y fidelidad, que es quanto bueno hay que buscar, y apetecer en qualquier sugeto: Que el *Fiat*, ò merced que el Rey hace del oficio, y autoridad à los Escribanos, era para perder su nobleza, y de dignos constituirse indignos, y las

(1) Leyes 1. 2. y 3. Aut. 1. y 13. tit. 25. lib. 4. Recop.

las prerrogativas, franquezas, libertades, è inmunidades que manda se les guarden, tan lejos estarian de serlo, que en vez de honrarlos, cederian en vilipendio, y desdoro de sus personas: Que siendo como es su Magestad la fuente y origen de toda honra civil, no solo los infamaba, sino que con apariencia de honrarlos y hacerles merced, les exigia dinero por ésta, y los engañaba, lo qual es ageno, è impropio de la persona, y dignidad Real, y el proferirlo, ò imaginarlo es enorme injuria digna del mas severo castigo: Y que la Fé pública, y las Joyas humanas mas preciosas, vida, honra, y hacienda se depositaban en hombres ruines, quando las leyes piden que estén exornados de tan buenas qualidades naturales, y personales, y deben estarlo mas que otro alguno de la República, como que son el conducto por donde pasan la verdad, y justicia.

Esta es la estimacion, y autoridad que nuestras leyes fundamentales dán al oficio; pero la lastima es que el mal proceder de algunos de sus profesores, que como dixo Solon, se corrompen por el vil interés, y venden la vida, honra, y hacienda de muchos que Dios, el Rey, y el Pueblo depositaron en ellos, por lo que se les llama *Fieles públicos de la República*, (bien que en todos estados, clases, y profesiones hay buenos, y malos,) ha constituido à los demás en el concepto mas execrable, y no hay cosa mas odiosa; y à la verdad se remediaria tanto daño como algunos Lampones causan en el Reyno, si no hubiese mas que los precisos: ni se admitiese al que no tuviese otra cosa de que vivir que los emolumentos del oficio: ni al que no fuese de familia distinguida, como sucede en varias Provincias de Europa, y aun de nuestra Peninsula: ni tampoco al que no hubiese estudiado perfectamente latinidad, y practicado diez años las leyes del Reyno en Academias que se estableciesen, precediendo luego un rigoroso examen; porque los mas como no buelven à ver los libros despues que obtienen el titulo, y aunque los vean, no los entienden por estár en latin, y algunos ni aun estando en castellano, porque carecen de luces, y principios, (pues los romancistas,

 ò

ò formularistas traen poca substancia en las materias de que trato,) cometen infinidad de absurdos, de que por su punible ignorancia se fomentan costosos, y dilatados pleytos, lo qual me es muy doloroso, y los Tribunales, y especialmente el Consejo, que habian de estár empleados en negocios de mayor magnitud, y utilidad de la Monarquía, se ven precisados à ocupar el tiempo en oir enredos producidos las mas veces por la impericia de los Escribanos, como la experiencia lo acredita.

No me detengo en manifestarte el origen de nuestras leyes, su variedad, ni otras cosas mas propias de erudicion Juridica que de tu oficio; si quieres saberlas, lee la Carta que Don Gregorio Mayans y Siscar escribió al Doctor Don Josef Berni, y éste puso por principio en su Instituta Civil, y Real, y otros Autores, y saciarás tu deseo; pero te advierto que esta obra es la mas clara, completa, y copiosa que sobre las materias que incluye, se conoce en nuestro idioma castellano: que en esta edicion la he corregido, y mejorado: que con ella ahorras mucho dinero en compra de libros, y grandisimo trabajo en registrarlos: que comprende mas especies, advertencias, y particularidades, que las de los Autores referidos al principio, y aun de otros: que las que contiene son veridicas, puntuales, y las mas seguras: y que habiendola consultado con Legistas del Colegio de esta Corte, (en lo que seguí el consejo del Espiritu Santo, por no verme precipitado, (1) como dice San Agustin,) la aprobaron sin pasion, ni misericordia, (porque segun el Angelico Maestro (2) debe estár desnudo el Consejo de estas qualidades,) y tuvieron por muy util, y necesaria; por lo que si te agradare, te ofrezco la segunda parte que trate de los Juicios, algo mejorada, pues al modo que en otros es naturaleza la inaccion, y el ocio, lo es en mí la continua ocupacion en el estudio. Pero sino, yá sea porque te aumento el trabajo de estudiar por



(1) Proverb. 3. Aug. lib. 14. cap. 13. de Civit. Dei.

(2) Sanct. Thom. 2. 2. q. 30. artic. 3.

por lo mucho que tienes que aprender en ella , ò por otra causa , no me empeñaré en desazonarte mas : y en este caso si eres *docto* , observando el contexto de los Cap. XII. y XIX. de los Proverbios , y el VII. versic. 6. del Eclesiastés , me sujeto humilde , y voluntariamente à tu correccion con las palabras de la *Epist. 355. de San Bernardo* , que dice : *& cultrum cum charta mitto* , *ut quod dignum judicaveritis* , *meo gladio succidatis* , à fin de que cortes , y rajes à tu discrecion , y sentiré no haberte conocido para haber corregido sus defectos antes de su ediccion. Si eres *émulo* tan lleno de preocupacion , y vanidad como exhausto de ciencia , y lisongeandote de que está vinculada en tí la erudicion , quieres con el usurpado , è impropio renombre de *Erudito* criticar lo que no entiendes , como lo hacen muchos de este siglo , llamado por ellos *de la Brillantéz* , *ò ilustrado* , te respondo con las de *San Geronymo lib. 2. Apol. contra Ruf.* cuyo contexto es : *Audiant me libere proclamantem* : *Nemo cogitur legere* , *quod non vult* : *Ego petentibus scripsi* , *non fastidiosis* , *gratis* , *non invidis* ; y en inteligencia de que escribirás con mas acierto para enseñarme, te aseguro ingenuamente que me será de suma estimacion, y aprecio tu doctrina. Y si eres *maldiciente* , *zoilo* , *momo*, *ò aristarcho* , te digo lo que el Reverendisimo nunca bien alabado P. M. Fr. Benito Feyjoó mi paysano estampó en el Prologo del sexto Tomo de su Teatro Crítico , y asimismo te dexo por cosa perdida , pues es gran perdicion , y malignidad querer hacerse ingenioso en libro ageno , no habiendo tenido aptitud , y suficiencia para serlo en el propio, segun lo indicó *Mart. lib. 1.* ibi : *Improbe facit qui in alieno libro ingeniosus est.*

Cum tua non edas , carpis mea carmina Leli.
Carpere , vel noli nostra , vel ede tua.

Mas seas lo que fueres , te suplico encarecidamente que como grato conozcas , y estimes mi esmerado zelo por la utilidad pública , y haciendome justicia , me declares , y tengas por buen Patricio : que consideres el trabajo improbo que tuve , y que fue desgracia de mi ignorancia , no culpa de mi

exacta diligencia el no hallar tu aceptacion: que para elevar esta obra, faltaron en mi comprehension varios materiales, que por falta de caudal no me fue posible adquirir: que hice lo que pude, y quando la emprendí no creí hacer tanto: y que en empresa de esta magnitud, (cuya perfeccion es sino imposible, à lo menos sumamente árdua, y dificil para quien carece de los principios elementales de la Jurisprudencia) cumplí con agregar, y concretar clara, ordinal, y metódicamente una multitud de especies, y añadir otras que no tocaron los Autores, para que repartidas, y aplicadas por tu mano como mas diestra, y práctica, pueda elevarse con regla, proporcion, y simetria el edificio que no pensé, ni acerté à construir: y como prudente disimules los defectos de mi rudo Syntaxis, y demás que contenga, pues el carecer de ellos, entender lo que vemos, y tocamos, y saberlo todo no cabe en fuerzas humanas, segun el mismo Dios para abatir, y confundir nuestra soberbia, è iluminar nuestra ceguedad, nos dá à entender en el libro de la Sabiduría: (1) dixo discretamente el Emperador Justiniano: y lo esculpió Pythagoras en una piedra que estaba puesta en la puerta de su Academia; que yo pido al Cielo te comunique la luz competente, para que desprendido de tus pasiones, desempeñes tu obligacion. VALE.

(1) Difficile æstimamus, quæ in terra sunt, & quæ in prospectu sunt, invenimus cum labore Sap. 9. vers. 16.

TA-

TABLA

DE LOS CAPITULOS, Y PARAGRAFOS
que comprende esta primera parte de la *Libreria de Escribanos*, y expresion por mayor de lo que cada uno contiene.

CAPITULO PRIMERO.

 cion,

cion, y gravámen puede imponer en ella el Testador: y si podrá, ò no revocarla.

El §. VI. *explica* quiénes se llaman Executores de ultimas voluntades, *y pueden, ò no serlo: quántas clases hay de ellos: qué obligacion, y facultades tienen: dentro de qué término han de cumplir su encargo: y en qué pena incurren, si no lo cumplen.*

El §. VII. *trata de los* Herederos: *y de quiénes deben ser instituidos por tales; quántas clases hay de ellos: à qué tienen derecho los ascendientes, y descendientes legitimos: en qué pueden perjudicarse: quiénes se estiman por hijos legitimos, è ilegitimos: qué deben heredar unos, y otros de sus padres: y quáles se llaman herederos* usufructuarios, fideicomisarios, y substitutos.

El §. VIII. *explica qué es substitucion de heredero: quántas clases hay de substituciones: qué es substitucion* Pupilar: *quién puede hacerla, à quién, cómo, y en qué bienes: por qué causas espira: y otras especies.*

El §. IX. *trata de la substitucion* Exemplar: *quién puede hacerla, y à quién: qué orden ha de observar en ella, y por qué causas fallece.*

El §. X. *explica qué es substitucion* Vulgar: *quién puede hacerla, à quién, y como: y por qué causas espira.*

El §. XI. *trata de la substitucion* Compendiosa: *y de quién puede hacerla, à quién, y cómo.*

El §. XII. *explica la* Breviloqua: *por qué se llama así: quién puede hacerla, y cómo se ordena.*

El §. XIII. *trata de la substitucion* Fideicomisaria: *qué puede llevar de la herencia el Fiduciario: qué debe hacer para sacar la quarta* Trebelianica: *y otras cosas.*

El §. XIV. *explica qué pueden heredar los estraños, ya sean instituidos en cosa particular, ò no.*

El §. XV. *expresa con individualidad los que no deben ser instituidos por herederos, ni heredar, aunque lo sean.*

El §. XVI. *trata de la* Exheredacion, *y de quién puede exheredar, à quién, en quánto, y por qué causas: y por quáles debe el here-*

redero perder la herencia.

El §. XVII. *explica quando el Testamento se revoca, irrita, rompe, y destituye: de quántas maneras es la* Capitis diminucion: *y en qué casos será, ò no firme el primero, aunque el Testador haga posteriormente otro.*

El §. XVIII. *trata de la* Cláusula Codicilar, *y sus efectos.*

El §. XIX. *explica qué Solemnidad, y numero de testigos debe intervenir en el otorgamiento del Testamento, ya sea abierto, ò cerrado.*

El §. XX. *explica hasta qué grado pueden los parientes heredarse abintestato: quiénes no deben concurrir à la herencia, aunque estén dentro del permitido por derecho: y cómo se heredarán los hijos naturales.*

El §. XXI. *trata de la* Quarta marital.

El §. XXII. *explica quáles se llaman* bienes gananciales: *en qué casos no se comunican à los casados: y si los frutos de ellos, y de los* Propios *de ambos les son, ò no comunes.*

El §. XXIII. *expresa qué bienes deben, ò no reservar, y restituir los padres que se buelven à casar, à los hijos de su anterior matrimonio.*

El §. XXIV. *trata del* Codicilo, *y de quién puede hacerlo: qué cosas se le permite, ò no disponer en él: y qué solemnidad de testigos requiere.*

El §. XXV. *explica dentro de qué término se ha de abrir el Testamento cerrado, y cómo: quién puede pedir su apertura: si antes de ésta se podrá, ò no hacer transaccion sobre su contexto: y qué diligencias se han de practicar para reducir à instrumento público el dispuesto de palabra, ò en cedula ante testigos.*

El §. XXVI. *trata del* Poder para testar: *quién puede darlo, y à quién: qué solemnidad requiere su otorgamiento: y qué puede, y debe, ò no hacer el Comisario en su virtud.*

El §. XXVII. *trata de la* Declaracion, *ò Testamento de pobre.*

El §. XXVIII. *explica quando no debe cumplirse la voluntad del Testador: cómo ha de dar la fianza el usufructuario, y otras prevenciones.*

Y

Y el §. final *trae estendidos cinco instrumentos, y varias cláusulas, Otorgamientos, Pedimentos, Autos, y diligencias concernientes à este Capitulo.*

CAPITULO II.

EL Capitulo segundo trata de Dotes, y Arras, *y contiene tres Parrafos.*

El §. I. *explica qué es* Dote: *cómo, y quándo puede constituirse: en qué casos se transfiere al marido su dominio, y debe, ò no responder de su decremento: quiénes pueden, ò no ser compelidos à dotar à las mugeres: de qué bienes debe pagarse la dote: quáles se llaman* Parafernales, Antifernales, Propios, y Gananciales: *qué es* Arra: *qué puede dar, ù ofrecer en arras, ò en joyas, y vestidos el novio á la novia: de qué privilegio gozan las arras, y bienes Parafernales: y dentro de qué término ha de restituir el marido la dote, y arras.*

El §. II. *trata de qué privilegio goza la dote.*

Y el §. final *trae estendidas nueve escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO III.

EL Capitulo tercero trata de las Donaciones intervivos, *y* Causa mortis, *y contiene quatro Parrafos.*

El §. I. *explica de quántas maneras es la donacion intervivos: en qué conviene, y se diferencia de la causa mortis, y de la* Cesion: *quién puede hacerla, ò no: quáles donaciones están prohibidas, y permitidas entre marido, y muger, esposos de futuro, y otras personas, y necesitan, ò no ser insinuadas: qué cláusulas ha de contener la escritura para su fuerza, y otras cosas.*

El §. II. *explica quál es la donacion* Causa mortis: *quién puede hacerla, y ser donatario: por qué causas se revoca: y qué solemnidad de testigos ha de intervenir en su otorgamiento.*

El §. III. *trata del modo de hacer la donacion, ò cesion à los Estudiantes, y Cathedraticos de Salamanca y Alcalá.*

Y el §. final *trae estendidas cinco escrituras correspondien-*

dientes à este Capitulo.

CAPITULO IV.

EL Capitulo quarto trata de Promesas, Prestamos, y Condiciones usurarias *que en ellos ocurren: Depositos: Empeños, è Hipotecas: Fianzas, y arraygo de ellas: Mancomunidad: Caucion Juratoria, Indemnidad: Cartas de pago: Finiquitos, y Denunciacion de obra, y contiene diez Parografos.*

El §. I. *explica qué es* Promesa: *de quántas maneras puede hacerse: qué cosas pueden prometerse, ò no: y quáles no han de intervenir para que la promesa valga.*

El §. II. *trata del Prestamo* Mutuo, *y del* Commodato: *qué personas pueden dár, y recibir prestado, y ser, ò no demandadas por lo que se les prestó: qué es* Usura, *en qué casos está, ò no permitida; y de quántas maneras puede hacerse el prestamo Commodato.*

El §. III. *trata de los* Depositos: *qué cosas pueden ser depositadas: qué obligacion tienen el Depositario, y sus herederos: si pueden darse, ò no bienes en confianza: y cómo se hacen los depositos de difuntos.*

El §. IV. *explica quántas clases hay de bienes: qué es prenda, è hipoteca: quién, y qué cosas puede, ò no empeñar: quándo prescriben la deuda, y accion executiva, ordinaria, è hipotecaria: qué término tienen los Criados, Abogados, Boticarios, y otras personas para pedir sus salarios, y debitos: qué requisitos ha de contener la escritura de obligacion de dar, ò hacer alguna cosa, para que sea executiva: cómo pueden obligarse los pródigos, siervos, hijos de familia, y menores: y qué leyes favorecen à los Clerigos, Hijosdalgo, Labradores, Caballeros, y mugeres.*

El §. V. *trata de las* Fianzas, *y de quién puede, ò no ser fiador, y recibir fiadores: y cómo se han de obligar éstos, y se explican las fianzas de la ley de Toledo: de Saneamiento: de Madrid: de la Haz: de Carcel segura: de Corregidores: de los Escribanos de la Audiencia de Galicia: de los Jueces de Visita, y otras comisiones: de Injusticia noto-*

toria : de Acreedor de mejor derecho : y de las mil y quinientas doblas ; cómo pueden obligarse los mancomunados , y se han de estender las escrituras de fianza , y mancomunidad.

El §. IV. *explica quién debe, ò no arraygar , y dar fianzas ; y la Caucion Juratoria.*

El §. VII. *trata de la* Indemnidad.

El §. VIII. *trata de las* Cartas de pago , y Finiquitos.

El §. IX. *explica qué es* obra nueva : *de quántas maneras puede denunciarse , en dónde , y á quién.*

Y el §. final *trae estendidas veinte y seis escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO V.

EL *Capitulo quinto trata de los* Censos Emphiteutico , Consignativo , Reservativo , y Vitalicio , *sus redempciones , subrogaciones , reconocimientos , y reduciones de sus reditos , y contiene ocho Paragrafos.*

El §. I. *explica qué es* Censo, *y sus divisiones : qué condiciones se ponen en el Emphiteutico : y cómo puede extinguirse.*

El §. II. *trata del* Consignativo : *quién puede imponerlo , sobre qué bienes : qué condiciones están reprobadas en él , y qué cláusulas debe contener la escritura.*

El §. III. *explica cómo se ha de estender la escritura del* Reservativo.

El §. IV. *trata del* Vitalicio personal ; *y cláusulas precisas en él.*

El § V. *de la reducion , ò minoracion de reditos del consignativo.*

El §. VI. *de su redempcion , y de lo que debe practicarse quando el Censualista no quiere recibir su capital , ò pertenece à Moyorazgo , Patronato , ò Capellania.*

El §. VII. *de la Subrogacion, y reconocimiento de Censo.*

Y el §. final *trae estendidas once escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO VI.

EL *Capitulo sexto trata de los* Arrendamientos , *y contiene dos Paragrafos.*

El §. I. *explica quién puede arrendar , y alquilar : qué cosas pueden , ò no arrendar-*

darse: à qué están obligados el Locador, y Conductor: por qué causas puede ser despojado éste de la cosa locada: qué personas tienen, ò no obligacion de pasar por el arrendamiento hecho en su nombre: qué deben hacer los alquiladores, y los que reciben alhajas alquiladas: y qué cláusulas ha de contener la escritura de arrendamiento.

Y el §. final *trae estendidas dos escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO VII.

EL *Capitulo septimo trata de las* Ventas, Trueques, y Retracto, *y contiene seis Parrafos.*

El §. I. *explica qué es* Venta, *y qué se requiere para su validacion: quién puede, ò no comprar, y vender: qué condiciones la constituyen válida: dónde puede celebrarse: en qué casos se transfiere al Comprador el dominio de lo que compra: qué tiempo tienen los contrayentes mayores, y menores para pedir rescision del contrato, ò suplemento à su justo valor: qué pactos pueden imponerse en la venta: cómo se estienden los de* Retrovendendo, Commisorio, y adiccion in diem: *quándo será, ò no válido el de* non alienando *en los contratos, y ultimas voluntades: qué cláusulas requiere la escritura para su firmeza: quándo competen al comprador contra el vendedor las acciones* Redhibitoria, y quanto minoris: *y cómo se han de vender la lana, Censos, Efectos, Juros, Mercaderías, y otros derechos.*

El §. II. *trata de la venta de* Villa *con sus derechos, y se explican estos, y otras cosas.*

El §. III. *explica qué es* Simonía: *qué cosas se entienden por espirituales, y anexas à ellas: por qué causas pueden ser vendidas, y permutadas: y qué requisitos han de intervenir en la escritura de su enagenacion.*

El §. IV. *expresa qué es* Trueque, ò permuta: *y qué cláusulas ha de contener la escritura: y otras particularidades.*

El §. V. *trata del* Retracto, *de consanguinidad, y comunion: à qué personas toca, ò no la accion de tantéo, y qué*

qué término tienen para usar de ella.

Y el §. final trae estendidas doce escrituras correspondientes à este Capitulo.

CAPITULO VIII.

EL Capitulo octavo trata de Mayorazgos, Patronatos, Capellanías, y sus agregaciones, y contiene quatro Paragrafos.

El §. I. explica de quántas maneras son los Mayorazgos: quiénes, y cómo pueden, ò no fundarlos, y agregarles bienes: cómo se cuentan por derecho Civil, y Canonico los grados de parentesco natural: quántas son las lineas mas esenciales de Mayorazgos, y otras varias especies.

El §. II. trata del Patronato, y sus divisiones, quiénes se llaman Patronos, y qué obligacion tienen, y otras particularidades.

El §. III. explica las clases que hay de Capellanías: quiénes no deben ser ordenados à titulo de ellas: y otras cosas.

Y el §. final trae estendidas diez escrituras correspondientes à este Capitulo.

CAPITULO IX.

EL Capitulo nono trata de Compañias, y contiene tres Parrafos.

El §. I. explica quántas maneras hay de compañia: qué condiciones requiere para su validacion: y otras especies.

El §. II. trata del Contrato Trino: y cómo se ordena.

Y el §. final trae estendidas dos escrituras correspondientes à este Capitulo.

CAPITULO X.

EL Capitulo decimo trata de Compromisos, y Transacciones, y contiene tres Paragrafos.

El §. I. explica qué es Compromiso: quién puede, ò no celebrarlo: qué negocios pueden comprometerse, y quándo: quiénes pueden ser Jueces compromisarios, y sus facultades: y otras especies.

El §. II. explica qué es Transaccion: quién puede, ò no celebrarla, y cómo: qué cosas requiere para su validacion: y otras particularidades.

Y el §. final trae estendidas dos

dos escrituras correspondientes à este Capitulo.

CAPITULO XI.

EL *Capitulo undecimo trata de* Poderes, Cesiones, y Lastos, *y contiene quatro Parrafos.*

El §. I. *explica qué es* Poder, y Apoderado: *quiénes pueden darlo, y ser, ò no Apoderados en negocios judiciales, y extrajudiciales: cómo se ha de dar el poder: y otras especies.*

El §. II. *expresa qué es* Cesion, *y* Delegacion de acciones: *qué derechos se pueden, ò no ceder; y de quántas maneras puede hacerse el Poder, y Cesion en causa propia; y otras cosas.*

El §. III. *trata del* Lasto: *y cómo debe ordenarse.*

Y el §. final *trae estendidas nueve escrituras corrèspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO XII.

EL *Capitulo duodecimo trata de* Prohijaciones, Legitimaciones, Emancipaciones, Aprendices, y Pupilos, *y contiene cinco Parrafos.*

El §. I. *explica qué es* Prohijacion: *de quántas maneras puede hacerse: quiénes pueden, ò no prohijar, y ser prohijados: y qué efectos causan la* Adopcion, *y la* Arrogacion.

El §. II. *trata de la* Legitimacion: *de quántas maneras puede hacerse; y quiénes pueden, ò no legitimar, y ser legitimados.*

El §. III. *explica la* Emancipacion: *qué efectos causa: cómo ha de hacerse: qué es* Patria potestad: *quién la tiene, y sobre quién, y por qué causas espira.*

El §. IV. *trata de la crianza: quién debe darla, y à quién.*

Y el §. final *trae estendidas quatro escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO XIII.

EL *Capitulo decimotercio trata de* Perdones de injurias: Omenage: Acto para dár Habito Militar: y Espera de acreedores: *y contiene cinco Parrafos.*

El §. I. *explica qué es* Perdon, *è* Injuria: *quién puede perdonarla, è injuriar, y ser injuriado, y de quántas maneras: y otras cosas.*

El §. II. *dice qué es* Omenage:

ge: *quién puede hacerlo, y cómo.*

El §. III. *trata del Acto para dár Habito Militar.*

El §. IV. *explica cómo, y por qué tiempo han de dár espera los acreedores à sus deudores.*

Y el §. final *trae estendidas quatro escrituras concernientes à este Capitulo.*

CAPITULO XIV.

EL *Capitulo decimoquarto trata de* Aceptaciones, y Repudiaciones de herencias: Renunciaciones de Oficios públicos, y Legitimas de los Religiosos, *y contiene quatro Parrafos.*

El §. I. *explica quiénes pueden* aceptar, y repudiar herencias, *cómo, y dentro de qué término.*

El §. II. *expresa de quién son los* Oficios públicos: *qué circunstancias han de tener los que los exercen, y sus Tenientes: y si son renunciables, qué cosas han de intervenir para la validacion de la renuncia.*

El §. III. *trata de las* Renuncias, *y de varias particularidades à ellas concernientes.*

Y el §. final *trae estendidas siete escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO XV.

EL *Capitulo decimoquinto trata de* Protestas, *y* Protestos de Cambios, *y contiene tres Paragrafos.*

El §. I. *explica qué es* Protesta: *quién, y quándo debe hacerla, y otras cosas.*

El §. II. *trata de los* Protestos de Letras de Cambio: *cómo se han de hacer, y de quántas maneras son.*

Y el §. final *trae estendidas quatro escrituras correspondientes à este Capitulo.*

CAPITULO XVI.

EL *Capitulo decimosexto, y final de esta primera parte contiene dos Parrafos: el primero trata de los nombres que se dán à los Instrumentos: de qué requisitos deben constar para hacer fé: de quáles puede, ò no el Escribano dár muchas copias: y qué se debe hacer quando la escritura se daña, ò romp para renovarla, ò el Escribano ante quien pasó ha muerto, y no parece el protocolo.*

Y el segundo de las cosas que están prohibidas por derecho à los Escribanos, y penas que se les imponen.

CA-



CAPITULO PRIMERO.

DE TESTAMENTOS, ULTIMAS Voluntades, Sucesiones ab intestato, y otras cosas à ellas concernientes.

SUMARIO.

§. I.

1 *Definicion del Testamento.*

2 *El disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte es de derecho público.*

3 *Esta palabra* Testamento *de quáles se compone; y el Testamento de quántas maneras es?*

4 *El solemne se divide en* Escrito, *y* Nuncupativo.

5 6 *En qué convienen, y se diferencian ambos?*

7 *Quién puede hacer Testamento: dar poder à otro para que en su nombre lo haga, ò concluya el que principió: revocar por el ultimo los anteriores: y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen hasta el tiempo que prefine?*

8 al 11 *Por derecho natural, y por el positivo quiénes están privados de testar?*

12 *En qué caso pueden testar los Usureros?*

13 *Los Canonigos Reglares, y demás Religiosos profesos: los que hieren, persiguen, ù ofenden à los Cardenales de Roma: los Ermitaños: y los Caballeros del Orden de San*

San Juan si podrán, ò no testar?

14 *Si valdrán, ò no el Testamento del que éntra en Religion despues de haberlo hecho, ò el que hace antes de profesar?*

15 *Cómo pueden testar los Militares, y los que gozan del fuero de Guerra?*

16 al 18 *Si podrán, ò no testar los excomulgados?*

19 *De qué bienes pueden disponer los Clerigos Seculares?*

20 *Y de quáles los Arzobispos, y Obispos?*

21 *Cómo pueden testar los Peregrinos, y Romeros?*

22 *Si el que está privado de testar podrá, ò no hacer Testamento?*

23 *Qué cosas se requieren para que el Testamento se estime como tal?*

24 *Qué ha de contener?*

25 *Qué puede contener?*

26 *Y qué ha de ordenar en él el Testador?*

27 *Qué ha de legar à las mandas forzosas?*

28 *Qué ha de declarar; y cómo ha de hacer los legados voluntarios?*

29 *Y qué orden ha de observar el Escribano en la extension del Testamento?*

§. II.

30 *QUé es legado: quién puede hacerlo, y ser, ò no legatario?*

31 *En qué clases se dividen las mandas: quándo adquiere derecho à ellas el Legatario: en dónde debe entregarselas el heredero: y à quién tocan los frutos pendientes en las cosas legadas?*

32 33 *Qué cosas puede legar el Testador?*

34 *A qué está obligado el heredero quando el Testador lega la cantidad que le parece tiene en parte cierta, y despues se halla mas, ò menos: ò lega à alguno lo que cree estarle debiendo?*

35 *Qué debe prevenir el Escribano al Testador quando lega simplemente su plata, vestidos, &c.*

36 *Y hacer el heredero quando el Testador dexa à su eleccion, ò à la del Legatario la entrega, y percepcion de el legado?*

37 *Si el Testador lega dos, ò mas personas una junta, ò apartadamente ¿ ... deben hacer?*

38 *Si lega à alguno de dos cosas la que quiera elegir, y*

y hace la eleccion, no puede arrepentirse. Si la deja à arbitrio de otro, puede hacerla el Legatario, pasado el año. Y si lega à dos una de sus cosas diciendo que elixan la que quieran, y discordan en la eleccion, han de echar suertes.

39 *Qué debe hacer el Legatario para no ser perjudicado quando dos Testadores le legan una misma cosa: y si el heredero deberá entregar mas que una vez la que fue legada muchas?*

40 41 *Qué es Libertad, y cómo puede el Señor darla à sus esclavos por Testamento?*

42 *Legado hecho à hombre muerto, ò deportado, es nulo.*

43 44 *Qué cosas no puede legar el Testador?*

45 *Si podrá, ò no dexar à arbitrio de otro las mandas, y la eleccion de la persona del Legatario: y en qué instrumento debe hacerlas?*

§. III.

46 *Cómo puede hacer los legados el Testador, y quándo pasa el dominio de ellos al Legatario?*

47 48 *Si serán, ò no válidos los legados hechos à dia cierto, ò incierto, ò con condicion?*

49 *Se explican las condiciones contra derecho.*

50 *Las imposibles de hecho.*

51 *Las dudosas, y casuales.*

52 *Las potestativas, y mixtas.*

53 *Las causales.*

54 *Las modales.*

55 *Las necesarias.*

56 *Y las tácitas.*

57 *Qué efectos causan las condiciones juntas, y apartadas?*

58 *Y una puesta à muchos, ò à unos, y à otros no?*

59 60 *Se dá cierta regla al Escribano para la inteligencia de las condiciones; y se le previene lo que debe advertir al Testador quando su voluntad es desarreglada.*

61 *Si podrá el Testador revocar los legados; y quándo se entenderán revocados aunque no los revoque?*

62 *Si valdrán, rompiendose el Testamento por preterición, ò exheredacion; y qué no deben llevar las Religiones de la Santisima Trinidad, y Merced de los que mueren intestados?*

C2 *Qué*

§. IV.

63 64 QUé *es la* Quarta fálcidia: *qué se ha de tener presente para sacarla; y cómo se ha de sacar?*

65 al 67 *De qué cosas puede deducirse, ò no? y qué debe hacer el heredero antes de deducirla?*

§. V.

68 al 70 QUién *puede mejorar, à quién, y en quánto. Si los ascendientes podrán mejorar à sus legitimos descendientes en el tercio, y remanente del quinto: vincularlos: consignarlos: è imponerles gravamen: y qué se ha de practicar quando el valor de las alhajas consignadas no alcanza para la mejora, ò excede de su importe?*

71 *Si podrá, ò no gravar el tercio el ascendiente que no tiene mas que un descendiente?*

72 *Si los abuelos maternos podrán, ò no privar à los padres disipadores de la administracion, y usufructo de los bienes de la mejora que hacen à sus nietos?*

73 74 *Quál se llama* Legitima; *y si el tercio lo es, ò no rigorosa para todos los descendientes?*

75 76 *Mugeres casadas si podrán, ò no mejorar por contrato entre vivos, ò hacer donacion causa mortis à sus descendientes sin licencia de sus maridos?*

77 *Quándo se entiende, ò no mejorado el descendiente à quien su padre, ò ascendiente hace donacion?*

78 *Mejorado si podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora? Para deducir ésta, qué se ha de considerar; y de qué cosas no debe sacarse?*

79 80 *Cómo debe deducirse el quinto; y si las mandas no caben en él, qué se ha de hacer?*

82 *Hijas si podrán, ò no ser mejoradas por contrato entre vivos?*

82 *Descendientes no mejorados cómo deben pagar la mejora à los que lo son: y si ésta valdrá, rompiendose el Testamento por preterición, ò exheredacion?*

83 *Obligandose los ascendientes à mejorar, ò no à alguno de sus descendientes, si deberán cumplirlo; y si podrán imponer condicion, ò gravamen en la mejora perfecta hecha*

cha entre vivos?

84 *Mejora de dos quintos hecha à descendientes en contrato, y ultima voluntad, si será, ò no válida?*

85 86 *Quando hay dos quintos, de quál de ellos se deben pagar los gastos funerarios, y legados?*

87 *Si el ascendiente mejora en el tercio à alguno de sus descendientes, mandandole pagar de él los gastos, y legados referidos, si deberá cumplirlo?*

88 *Estando apoderado el mejorado de los bienes de la mejora de tercio, y quinto, ¿de quál de estos se han de sacar los gastos funerarios, y Misas? Y si los mejorados son muchos, cómo han de dividir la mejora?*

89 *En qué casos los ascendientes pueden revocar, ò no la mejora que hicieron à sus descendientes: y siendo hecha simplemente, à qué bienes se amplía su irrevocacion?*

90 *Mejorando marido, y muger en ultima voluntad à alguno de sus descendientes, si podrán, ò no revocar la mejora?*

§. VI.

91 92 Q*Uál se llama* Testamentario, ò *executor de ultimas voluntades: quiénes pueden, ò no serlo: y si por su muerte pasa, o no su oficio à sus herederos?*

93 *Quántas clases hay de ellos: y si podrán ser compelidos à admitir su encargo, y commutar en otros usos lo legado à obras pias?*

94 *Por qué causas pueden demandar los bienes del Testador à su heredero?*

95 96 *A qué están obligados: y qué término tienen para evacuar su encargo?*

97 *Si el Testador lega algo para redimir cautivos, quién lo ha de percibir, y distribuir?*

98 *Los Testamentarios que por no cumplir su encargo son privados de él, ò compran algo de los bienes del difunto; y el que tiene el Testamento de éste, y no lo manifiesta à la Justicia dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, en qué pena incurren?*

99 *Si se deberá, ò no dar salario à los Testamentarios por su trabajo; y por qué cau-*

causas cesa su oficio?

§. VII.

100 T*Estamento que carece de heredero, si será, ò no nulo en el todo?*

101 *Quál se llama heredero: y quiénes pueden ser instituidos por tales?*

102 al 104 *En dónde no debe ser instituido, darsele substituto, ni imponersele condicion; y cómo ha de ser nombrado?*

105 *Errando el Testador el nombre del heredero: y haciendo la institucion à tiempo cierto, ò incierto, si valdrá, ò no?*

106 *En qué pena incurre el que entra en la herencia sin autoridad Judicial, habiendo otros coherederos?*

107 *Quáles se llaman herederos ex testamento, y abintestato, y cómo suceden en los bienes del Testador?*

108 al 111 *Herederos ex testamento en qué clases se dividen; y cómo han de ser instituidos los legitimos?*

112 113 *Quáles hijos se llaman* Posthumos? *Y para que se tengan por legitimos, hereden à sus legitimos ascendientes, y se llamen naturalmente nacidos, qué circunstancias han de concurrir?*

114 *Descendientes legitimos à qué parte de los bienes de sus ascendientes tienen derecho: y de dónde se deben sacar los gastos funerarios, Misas, y legados?*

115 *Cómo debe deducirse el quinto, si el Testador dexa cinco, ò mas hijos?*

116 *Se impugna la opinion de* Ayora, *que dice que el padre que dexa à su muger preñada, y ningun hijo vivo, puede disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del posthumo?*

117 *Hijos, que han de traer à colacion, y particion: y quándo pueden, ò no apartarse de la herencia?*

118 *Nietos si deberán, ò no colacionar lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y consumieron.*

119 *Si se comprenden en la clase de herederos legitimos los ascendientes?*

120 121 *Quáles son los herederos* necesarios, *y los* voluntarios, *ò extraños? y quándo éstos, y los legitimos han de estár libres de impedimento para poder heredar al Testador?*

122 *Descendientes legitimos*

mos si podrán disponer del tercio de sus bienes, gravarlo, y condicionarlo.

123 al 130 *Si del tercio se han de sacar, ò no los gastos funerarios del Testador? Qué se entiende por funeral: de qué privilegio gozan los gastos de él, y los de la ultima enfermedad del difunto: y si el hijo que está bajo de la patria potestad, podrá disponer del usufructo del tercio de sus bienes adventicios, ò ha de quedar reservado à su padre durante su vida?*

131 *Si los bienes del hijo son castrenses, ò quasi castrenses, de qué puede disponer?*

132 *Descendiente si podrá consignar el tercio, legandolo à extraño?*

133 *Legatario del tercio no se debe llamar heredero, ni ser instituido omnimodamente con el ascendiente.*

134 *Hijos ilegitimos de quántas clases son: y quiénes deben darles alimentos?*

135 *Para que se estimen por naturales, qué debe hacer su padre?*

136 *Ascendientes que carecen de legitimos descendientes, si podrán dexar sus bienes à sus hijos naturales. Y muriendo intestados, ò preteriendolos, en qué les sucederán?*

137 *Hijos naturales, quándo deben heredar à sus madres aunque estas tengan ascendientes?*

138 *Padres naturales, qué heredarán de sus hijos naturales?*

139 *Quántas clases hay de hijos* Expurios, *y si su madre deberá, ò no alimentarlos?*

140 al 142 *Padre de hijos expurios, y su heredero, si estarán, ò no obligados à darles alimentos?*

143 144 *Hijos expurios que son, ó no procreados por Clerigos, Frayles, ò Monjas profesas, qué pueden, ò no haber de ellos; y si la ilegitimidad les privará, ò no de exercer las artes, y oficios?*

145 *Quáles se llaman herederos* usufructuarios, fideicomisarios, y substitutos?

§. VIII.

146 *QUántas clases hay de substituciones: en qué instrumento deben hacerse: por qué fueron introducidas: y cómo sucede el substituto en la herencia por virtud de ellas?*

147 al 149 *Quién puede hacer la* Pupilar, *cómo, à quién, y quándo en su virtud heredará el substituto?*

150 *El abuelo quándo podrá substituir pupilarmente à su nieto?*

151 *En qué bienes puede el padre substituir pupilarmente à su hijo, y gravar al substituto?*

152 *Y si podrá substituir al Arrogado?*

153 *Quál es la virtud de la substitucion pupilar; y qué debe hacer el substituto para entrar en la herencia del Pupilo?*

154 *Padre del pupilo si podrá excluir à la madre de éste de la sucesion de sus bienes?*

155 *Por quántas causas fallece la substitucion pupilar; y hasta qué edad llega en los varones, y hembras para en quanto à los alimentos, y demás casos?*

§. IX.

156 al 158 *QUé es substitucion* exemplar, *quién puede hacerla, y à quiénes; por qué se llama asi; y qué orden se ha de observar en su extension?*

159 *Por qué causas espira: y si los descendientes podrán, ò no substituir exemplarmente à sus ascendientes?*

§. X.

160 *QUé es substitucion* vulgar: *por qué se llama asi: quién puede hacerla, y cómo se hace?*

161 *Si el Testador nombra por herederos à tres en partes desiguales, y uno de ellos no acepta la suya, ò fallece, ¿qué llevarán de ella los otros: y quándo espira la substitucion vulgar?*

§. XI.

162 al 164 *QUé es substitucion* Compendiosa: *quién puede hacerla, à quién, cómo se ordena; y qué llevarán la madre del pupilo, y el substituto, siendo, ò no su padre Cavallero, y muriendo el pupilo dentro, ò fuera de la edad pupilar?*

§. XII.

165 *QUé es substitucion* Breviloqua: *à quién, y por quién puede hacer-*

cerse, y cómo se ordena la cláusula?

§. XIII.

166 Qué es substitucion Fideicomisaria; *por qué la dan este nombre, y el de* Obliqua: *quién puede hacerla: y si prescribe la accion de pedir la herencia contra el fiduciario antes que se cumpla el dia, ò la condicion prefinidos para su restitucion?*

167 168 *Desde quándo empezó à tener efecto esta substitucion: si por virtud de ella podrá el fiduciario retener la quarta parte de la herencia llamada* Trebellianica: *qué debe hacer para detraerla: y si podrá quedarse con los frutos que produxo la herencia mientras la retuvo?*

§. XIV.

169 *Los que no tienen herederos legitimos, à quién pueden dexar sus bienes?*

170 *El heredero particular quándo llevará todos los bienes del Testador?*

171 *Si son instituidos dos, y cada uno en cosa señalada, y el Testador no dispone del residuo de sus bienes: ó si nombra à uno en cosa particular, y à otros dos en otra; qué llevarán de ellos?*

172 *Si nombra à tres, ò quatro juntos por sus herederos sin decir lo que cada uno ha de percibir: ò si establece à algunos en cosas ciertas, y tambien à otro, pero sin expresar lo que éste ha de llevar: qué heredarán todos?*

173 174 *Y si instituye à quatro mandando à los dos la mitad de sus bienes, y nada à los otros dos: ò divide sus bienes en quatro partes nombrando herederos de las tres, y no haciendo mencion de la quarta, qué heredarán?*

§. XV.

175 al 177 *Quiénes no deben ser instituidos por herederos?*

§. XVI.

178 Qué es Exheredacion: *quién puede exheredar, à quién, cómo, y en quánto: y si el posthumo podrá, ò no ser exheredado?*

179 al 187 *Por qué causas pueden exheredar los ascendientes à sus legitimos descen-*

cendientes, y quién debe probarlas?

188 189 *Por quántas los descendientes pueden exheredar à sus ascendientes?*

190 *Y por quáles debe perder la herencia el heredero.*

191 *Siendo exheredados, ò Frayles profesos de S. Francisco todos los descendientes legitimos, quiénes pueden ser herederos?*

§. XVII.

192 *QUándo se revoca, irrita, rompe, y destituye el Testamento?*

193 *De quántas maneras es la* Capitis *diminucion?*

194 *Si podrá, ò no hacerse Testamento tan firme que no pueda revocarse por otro?*

195 *Quándo será firme el primero?*

196 *Qué es causa final, è impulsiva?*

197 al 199 *Si será, ò no firme el primero, conteniendo cláusulas derogatorias, y el segundo no?*

§. XVIII.

200 *QUál es la cláusula* Codicilar?

201 al 206 *Y qué efectos produce en los Testamentos?*

§. XIX.

207 *POR quántas causas se puede estimar nulo en todo, ò en parte el Testamento?*

208 209 *Qué numero, y calidad de testigos se requiere en el otorgamiento del Testamento nuncupativo?*

210 211 *Quál se llama vecino, ya sea natural, ò extrangero?*

212 *En el otorgamiento del Testamento cerrado quántos testigos son precisos?*

213 al 216 *En qué papel puede escribirse; con qué solemnidad se ha de formalizar su otorgamiento, ya sepan, ò no firmar el Testador, y testigos; y si éste podrá, ò no testar* in scriptis *no sabiendo escribir un testigo à lo menos?*

217 *Para qué Testamentos se requiere la solemnidad referida?*

218 219 *Cómo debe testar el ciego?*

220 221 *Quiénes pueden, ò no ser testigos en los Testamentos, y demás ultimas disposiciones?*

De

§. XX.

222 al 224 *DE quántas maneras puede morir el hombre intestado?*

225 *De quántas es el parentesco, y qué nombres se dán à los hermanos?*

226 *Quiénes heredarán al ascendiente que murió intestado?*

227 *Y quiénes al hijo que fallece sin descendientes legitimos, dexando padres, abuelos, y hermanos?*

228 *Dexando solamente abuelos; ò uno por una linea, y dos por la otra; ò un abuelo, y visabuelo, quiénes de ellos le heredarán?*

229 *Si dexa hermanos, y un sobrino carnal, cómo partirán su herencia?*

230 *Quándo, habiendo testado à favor de sus hermanos, le heredarán, ò no los sobrinos hijos de alguno de los instituidos que le premurió?*

231 *Cómo le sucederán los sobrinos hijos de dos hermanos enteros?*

232 *Si tiene hermanos enteros, y medios; quâles le heredarán?*

233 *Y cómo, si todos son medios hermanos?*

234 *A falta de todos los referidos à quiénes pasarán sus bienes?*

235 *De qué bienes de los que mueren intestados no pueden sacar quinto los Jueces, ni inventariarlos?*

236 *Tribunal de Cruzada si podrá, ò no conocer de los Mostrencos, y de los bienes de los que mueren intestados?*

237 *Cómo se heredarán abintestato los hijos naturales, no dexandolos legitimos?*

§. XXI.

238 *VIuda pobre à qué parte de los bienes que sus hijos heredan de su padre rico, tiene derecho?*

239 240 *Viudo pobre si tendrá, ò no igual derecho?*

§. XXII.

241 *QUé bienes, y deudas deben comunicarse los casados?*

242 al 248 *Quáles no se les comunican, y deben perder, y en qué casos?*

249 *Frutos de los bienes de los casados si se les comunicaràn, ò no con igualdad?*

Si

250 *Si se deberá, ò no contar à los casados en su parte de gananciales lo que se legan; y de estos qué deben pagar à sus hijos?*

§. XXIII.

251 al 253 *MUger que se buelve à casar, qué debe, ò no reservar à los hijos de su difunto marido?*

254 *Marido que se buelve à casar, si tendrá, ò no la misma obligacion que su muger?*

255 256 *Habiendo dexado tres hijos la muger primera: casadose segunda vez su padre, y muerto abintestato, ò en la edad pupilar algunos de ellos, ¿si será, ò no preferido el hermano superviviente por la herencia de sus hermanos à la muger segunda por su dote?*

257 *Marido, ò muger que se casa dentro del año de su viudedad, qué debe restituir à los herederos del superstite?*

§. XXIV.

258 259 *QUé es* Codicilo, *qué naturaleza sigue; quién puede hacerlo; y qué cosas se le permite, ò no disponer en él, ò en memoria testamentaria?*

260 *Quántos codicilos puede hacer el Testador; y si alguno se revocará, ò no por el posterior, ò por la supernascencia de los hijos?*

261 *Cómo puede hacerse el codicilo; y qué solemnidad de testigos requiere su otorgamiento?*

§. XXV.

262 *EL que tiene el Testamento cerrado, dentro de qué tiempo debe manifestarlo al Juez Real para que lo abra?*

263 264 *Quién puede pedir su apertura; y cómo se ha de portar el Juez en ella?*

265 266 *Qué se ha de practicar quando no pueden comparecer todos, ò la mayor parte de los testigos; ò se han muerto, ò están en esta opinion?*

267 *Si se podrá, ò no hacer transaccion antes de su apertura sobre lo que contiene; y à quién debe mandar el Juez dar copia íntegra de él?*

268 *Qué debe hacer el Juez quando el Testador prohi-*

hibe que se abra hasta cierto tiempo: ò conoce que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cláusula de él?

269 *Qué diligencias se han de practicar para reducir à instrumento público el Testamento dispuesto de palabra, ò en cédula?*

§. XXVI.

270 *Poder para testar qué es, y quién puede darlo, y ser apoderado?*

271 *Comisario, à qué debe ceñirse; y si podrá nombrar heredero, no conteniendolo el poder?*

272 *Si bastará que el poder contenga facultad generica para que el Comisario pueda mejorar, y dar tutor à los hijos del Testador; y si podrá, ò no delegar su comision?*

273 274 *No confiriendo el Testador al Comisario mas potestad que para ordenar su Testamento, qué puede, ò no hacer?*

275 *Quando el Testador nombra heredero en el Testamento, y en este estado da poder al Comisario para concluirlo, ¿qué puede hacer éste?*

276 277 *Qué término tiene el Comisario para hacer, y cumplir el Testamento; y si el Testador se lo podrá, ò no prorrogar?*

278 *Qué debe hacerse quando los Comisarios no pueden, ò no quieren evacuar su encargo, ò discordan?*

279 *Qué solemnidad de testigos ha de intervenir en el otorgamiento del poder para testar?*

§. XXVII.

280 281 *Qué es la Declaracion de pobre; en qué se diferencia del Testamento del rico; y qué puede disponer en ella el Testador?*

§. XXVIII.

282 *No debe cumplirse la voluntad del Testador que es contra ley, y buenas costumbres.*

283 *Ni quando probibe al Ordinario Eclesiastico cuidar del cumplimiento de la Capellanía Colativa que dexa fundada.*

284 285 *Ni quando manda que no se pida cuenta à los Tutores de la tutela de sus hijos; ò que no valga el fuero, y costumbre de su domi-*

ci-

cilio contra lo que dexa dispuesto.

286 287 *Ni quando releva al Usufructuario de hacer Inventario, y dar fianzas; bien que en cierto caso no estará obligado à darlas.*

288 *Qué es usufruto, y de quántas clases?*

289 *Cómo debe dar las fianzas el Usufructuario de bienes raices, y ganados productivos?*

290 *Cómo el de muebles que se consumen con el uso, y qué frutos hará suyos?*

291 *Y cómo el de animales no productivos, ò de muebles que solo se deterioran, y envejecen con el uso; y si deberá, ò no pagar las deudas, y legados del Testador, y enterrarlo?*

292 *Usufructuario que enagena el derecho de usufructuar, y el que lo compra, lo pierden; y debe inventariar, y dividir todos los bienes con asistencia del propietario, si es conyuge.*

293 *Tampoco debe ser obedecido el Testador, si manda que no se quite à su muger la tutela de sus hijos en caso de bolverse à casar.*

294 *Cómo debe testar el extrangero, ya esté, ò no connaturalizado?*

295 *Diciendo el Testador que quiere sea su heredero el que tiene escrito en una memoria, ù otro tiene instituido, si valdrá, ò no la institucion?*

296 *Si podrá ser abierto, y cerrado un mismo Testamento?*

297 *Y qué debe hacerse quando es nuncupativo?*

298 *Quándo puede otorgarse el Testamento: cómo debe portarse el Escribano para tomar la minuta, ò razon de él, estando enfermo el Testador; y si mientras vive éste, deberá, ò no revelar su contexto, y dar testimonio de él?*

299 *Cómo ha de hacer la pregunta al Testador sobre la institucion de heredero?*

300 301 *Cómo se ha de portar para ordenar el Testamento del que tiene trabada la lengua, y está convulso; ò del que está loco, y tiene lucidos intervalos?*

302 303 *Y cómo, si no habla, ni entiende su idioma, y no sabe, ò no puede escribir; ò sabe, y puede, y entiende el idioma, mas no lo habla?*

304 *Si podrá, ò no autorizar el Escribano el Testa-*

ta-

tamento en que es nombrado heredero; y otro qualquiera instrumento por sí, y ante sí?

305 al 307 *En el otorgamiento de las ultimas disposiciones si será, ò no preciso que el Escribano dé fé de que conoce al Testador, ò que de su conocimiento depongan dos de los testigos instrumentales?*

308 al 310 *Cómo se ha de ordenar la cláusula en que se dexan legados ò herencias à los Conventos, ò Religiosos de San Francisco para que puedan admitirlos?*

§. FINAL.

311 *TEstamento regular estendido.*

312 *Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y arras que su marido la ofreció.*

313 *Otra del capital que el marido llevó.*

314 *Otra de los hijos que el Testador tiene, y de lo que dió à uno en cuenta de su legitima.*

315 *Legado del quinto por alimentos hecho à un hijo natural.*

316 *Institucion de heredero al hijo natural por falta de descendientes legitimos.*

317 *Mejora del tercio hecha à una hija, que llevó dote quando se casó.*

318 *Otra que hace el padre à un hijo, à quien por contrato oneroso prometió mejorar.*

319 *Legado de alhaja empeñada en poder del Testador, y su nota.*

320 *Revocacion del Testamento hecho con cláusulas derogatorias.*

321 *Cláusula de exheredacion.*

322 *Otorgamiento de Testamento cerrado.*

323 *Pedimento para su apertura.*

324 *Auto para recibir la informacion con los testigos instrumentales.*

325 *Declaracion del primer testigo, y su nota.*

326 *Auto en que se manda abrir.*

327 *Diligencia de apertura, y su nota.*

328 *Auto en que se reduce à Escritura pública, y nota.*

329 *Pedimento para declarar por Testamento nuncupativo el hecho de palabra ante testigos.*

Au-

§. I.

DEL TESTAMENTO, sus divisiones, y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo: lo que debe contener para su validacion, y otras cosas.

1 EL Testamento *es una disposicion, ò testimonio por el que manifiesta el hombre su ultima deliberada voluntad, à fin de que despues de muerto se observe, y cumpla*; (1) por lo que habiendo tenido noticia el Emperador Cesar Augusto que Virgilio Principe de los Poetas Latinos dejaba ordenado en el suyo que se quemase cierta Eneyda, que habia compuesto, por no haber podido corregirla, y limarla, dijo: *Concedo que solo el Rey puede hacer leyes, pero lo que el Testador ordena justamente por su Testamento, es ley, y de tal tiene fuerza*; y asi se deberá observar (2) como ley.

El

(1) Leyes 1. tit. 1. Partid. 6. y 1. ff. Qui testam. facere pos. Institut. in princip. de Testam. ordinand.

(2) Cap. Ultima voluntas 13. quest. 2. ley Ambiguitatis al fin. ley Cum antiquitas, Cod. de Testam. ley Nulli licere, Cod. de Episcop. ex

2 El hacer Testamento, y disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público, y no privado, (1) y la cosa en que el hombre debe estár bien instruido, porque si la yerra, se imposibilita de emendarla despues de muerto; (2) y su forma, y solemnidad es de derecho civil segun la sentencia comun; (3) y asi para evitar los perjuicios que pueden irrogarse à los interesados en ellos, ha de hacerlo quando esté bueno, y libre de los mundanos afanes, que sirven de remora, y obstáculo para egecutar lo que tanto le incumbe: no pensar mas que en el acierto, y consultarlo con personas doctas, y timoratas, que por ningun titulo presuman heredarle; pues de esta suerte, y precedida la cordial imploracion del divino auxilio, conseguirá el acierto, descargará su conciencia, manifestando libremente su voluntad, se obviarán los inexcogitables daños que de lo contrario suelen ocasionarse, y utilizará visiblemente à sus herederos.

3 Esta palabra *Testamento* se compone de los nombres latinos *testatio*, y *mens*: (4) y el Testamento es de dos maneras: *solemne*, y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos, y solemnidades prescriptas por derecho para su estabilidad, como el que todos los hombres (generalmente hablando) hacen. El privilegiado, ò no solemne es el que aunque carezca de ellas; tiene validacion, y firmeza por especial privilegio, (5) v. gr. el que los Soldados ordenan en campaña; pero es preciso que ambos contengan institucion de heredero, porque si carecen de él, se estimarán solamente por ultimas voluntades.

El

ex cleric. Div.Paul. ad Galat. cap.3. Aristot. particul. 29. problem. 9. Carpio de Executorib. lib.3. cap.4. num. 1.

(1) Ley Testamenti 3. ff. Qui testam. facere pos.

(2) Proem. del tit. 1. Partid. 6. y ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(3) Carpio de Executorib. lib.2. cap. 6. n. 3. al 5.

(4) Ley 1. tit. 1. Partid 6.

(5) §. Ante hæredis 34 Institut. de Legat. § In primis 1. Institut. de Fideicomiss hæreditat. Leyes Proxime 3 ff. De his, quæ in testamento delent. Quod per manus 10 ff. de Jure codicil y Jubemus 29. Codic. de Testament.

4 El solemne se divide en *escrito*, y *nuncupativo*: el escrito (que vulgarmente llaman cerrado,) es el que se formaliza en Escritura cerrada, signada de Escribano, y firmada por éste, por el Testador, y siete testigos presenciales, ò por alguno de estos en su nombre, sino sabe; pero el Escribano, y los Testigos, ò à lo menos estos ignoran regularmente su contexto. El nuncupativo (llamado comunmente abierto, porque ya sea escrito, ò de palabra, se publica,) es el que hace ante Escribano, y testigos, ò ante estos solamente, los quales se cercioran de la voluntad del Testador, porque en su presencia la manifiesta clara, y verbalmente, y otorga, y se lee su Testamento. (1)

5 Convienen el Testamento nuncupativo, y el escrito, en que para que sean válidos, y se estimen como tales, se requiere precisamente que el Testador nombre heredero en ellos en la forma que explicaré en el §. VII. porque si carecen de él, se estimarán solamente por ultimas voluntades, aunque sean privilegiados; pues el privilegio no es para relevarlos de la nominacion de heredero, sino para suplir la solemnidad; bien que si contienen la legal, valdrá lo que en ellos esté dispuesto con arreglo, como en su lugar diré.

6 Diferencianse en que para el nuncupativo se requiere unicamente que el Testador manifieste su voluntad delante de los testigos prevenidos por derecho, (2) de suerte que en un mismo acto sin intermision la oigan todos de su boca, y lo vean; pero para el escrito son precisas las circunstancias siguientes: la primera, que à mas de la institucion de heredero lo escriba el Testador, ù otro de su orden. La segunda, que à su otorgamiento presencien à lo menos siete testigos, y Escribano. La tercera, que todos los

(1) Leyes 1. y 2. titul. 1. Partid. 6. 103. tit. 18. Partid. 3. y Hac consultissima 21. Cod. de Testam. y §. Sed hæc 14. Institut. de Testam. ordinand. Parlador different. 15.

(2) Auth. Hoc inter §. 2. Cod. de Testam. ley in testamentis 26. Cod. eod. tit. y §. Sed hæc, citado.

los testigos no solo oigan, sino que vean al Testador. La quarta, que sean llamados, y rogados para presenciar, y testificar. La quinta, que el Testador manifieste à su presencia el quaderno cerrado, diciendo: *que aquel es su Testamento*; y lo entregue al Escribano para que lo autorice en su cubierta. La sexta, que firme si sabe, y puede, en la cubierta del quaderno, y si no, un testigo por él à su ruego. La septima, que no solo firme el Testador, sino todos los testigos, ò unos por otros à su presencia, y del Escribano, de modo que sean ocho firmas sin la de este, y que éste lo signe tambien; pero hoy no es necesario que aquellos lo sellen, como por derecho comun, y de las Partidas se previene. La octava, que su otorgamiento se empiece, y concluya en un mismo lugar, y tiempo sin intermision de acto estraño, ò ageno de él, à menos que por natural necesidad sea indispensable alguna módica interrupcion. (1) Y la nona, en que para reducir à instrumento público el Testamento nuncupativo hecho de palabra, ò en Cedula ante testigos, deben comparecer estos à presencia del Juez, y deponer de la voluntad del Testador; pero para el escrito no, porque la ignoran, y asi solo podrán testificar de su otorgamiento, y à este fin comparecerán.

7 Qualquiera persona de ambos sexos que por derecho natural, y positivo no tiene prohibicion de testar, puede hacer todos los Testamentos que le parezca hasta su muerte, como se prueba de la *ley 25. tit. 1. Partida* 6. que dice: *La voluntad del ome es de tal natura que se muda en muchas maneras: è por ende ningun ome puede facer Testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera; solamente que sea en su memoria quando lo camiare, è que faga otro acabadamente.* Tam-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 1. Partid 6. 2. tit. 4. lib. 5 Recop. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. Cum antiquitas 28. Cod. de Testam. Hæres 21. §. In testamentis::: Ad testium 22. §. 4. y Singulos testes 30. ff. Qui testam. facere pos. §. §. Sed cum 3. y Possunt 5. Instit. de Testam. ordinand.

Tambien puede dár facultad, y comision à otro, ò à mas, para que en su nombre lo ordenen, y concluyan el que principió: revocar por el ultimo los anteriores: y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen hasta el dia que prefina; pero este precepto no destruye la substancia, y naturaleza de cada uno, pues ya sea nuncupativo, ò escrito, estando arreglado à derecho, valdrá; de todo lo qual trataré en los parrafos correspondientes de este capitulo.

8 Por derecho natural está privado de testar el infante, (que es el menor de siete años) porque carece del uso de razon; y por derecho positivo el pupilo, que es el varon menor de catorce, y la hembra de doce: (1) y para que puedan, es preciso que los tengan cumplidos, mas nó que excedan de ellos; (2) y asi falleciendo impúberes, no se debe decir que murieron intestados, como advierte el Señor *Gregorio Lopez* en la *ley* 1. *tit.* 13. *Partid.* 6. porque hablando con propiedad, solo fallece de esta suerte el que teniendo potestad para hacer Testamento, no lo hizo; y en caso de haberlo hecho, se vició, y anuló por alguna de las causas que expresaré en el §. XX. y no el que por derecho natural, y positivo está incapaz de testar, pues se le considera para este efecto *tamquam si non esset in rerum natura.*

9 Pero cumplidos, pueden testar sin licencia de sus ascendientes de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses, y quasicastrenses que la ley 6. de Toro que insertaré en el numero 122. les permite, aunque estén bajo de la patria potestad, como lo resuelve expresamente una Recopilada, (3) que en esta parte corrige otra de Partida, y tres del derecho comun, (4) con quienes concuerda; pues para lo que necesitan su licencia, es para dexar todos,

(1) Ley 13. tit. 1. Partid. 6.

(2) Leyes A quà ætate 5. ff. y Si frater 4. Cod. Qui testam. facere pos. y §. Præterea 1. Instit. Quibus non est permissum facere testam.

(3) Ley 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 5. Recop. Gomez en ella n. 1.

(4) Leyes 13. tit. 1. Part. 6. Qui in potestate 6. ff. y 11. y 12. Cod. Qui testam. facere pos.

dos sus bienes à otro, la que pueden concederles en escritura separada, ò en el mismo Testamento; y si no los tienen, piden à su padre les asigne peculio, y quantía para testar, de la qual disponen, si se la señala, y si no, hacen declaracion, expresando ser hijos de familia, y no tener de que testar. Lo qual se entiende, aunque el hijo de familia natural de estos Reynos de Castilla fallezca en otro, pues de los bienes que posee en ellos, puede testar como si aqui falleciera, porque la ley, ò estatuto que concierne à la persona, la comprende, y por consiguiente se estiende à los consistentes en el territorio propio de su origen, ò naturaleza. (1) Pero de los que existen en otro Reyno, ò lugar en que no rigen las leyes de su naturaleza, no podrá testar, porque estas no pueden estender sus efectos à más que à lo que se estiende la potestad de su Conditor. Y lo mismo procede con el hijo de familia extrangero que muere en estos dominios, pues no podrá testar de los bienes existentes aqui, ò en los de su naturaleza, porque la ley no puede comprender la persona de el que no es subdito suyo. (2) Sin que de lo expuesto resulte que en parte muere testado, y en parte intestado, porque esto se entiende quando puede disponer de todos sus bienes, y no en otros terminos. (3) Y sin embargo de que siendo menores, están privados de ser Tutores; (4) no obstante, si tienen hijos pupilos legitimos, ò naturales nacidos, y postumos, pueden, ya sea padre, ò madre, ò el abuelo por su defecto, ò muerte, y no de otra suerte, nombrarles Tutor, y Curador en su Testamento para todo, y no para una cosa sola, simplemente, à tiempo cierto, ò con condicion, segun su voluntad, y por su propio nombre, y no de otra forma; bien entendido, que el nombrado por la madre, no pue-

(1) Paris, Consil. 2. vol. 3. Gozadin, Consil. 49. Acebed. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 15.

(2) Arg. text. in leg. 1. ff. de Tutorib. & curator. dat. ley Etiam, ff. de Tutel. y ley fin. Cod. de Testam.

(3) Ley fin. Cod. de Inofficios. Testam. Gom. en la ley 5 de Toro, n. fin.

(4) Ley 1. tit. 17. Partid. 6.

puede usar del encargo sin aprobacion, ò discernimiento del Juez, el qual debe confirmar el nombramiento, à menos que sea de los prohibidos de ser Tutores: ò que la madre instituya solo à sus hijos por Legatarios, que en estos casos no está obligado à confirmarlo, y en el primero no puede; y aunque el padre lo nombre à sus hijos naturales, queda al arbitrio del Juez confirmar, ò no la eleccion, y el nombrado no puede usar del encargo sin su aprobacion; y lo mismo procede, si el Testador instituye herederos pupilos extraños, por carecer de forzosos, pues tambien les puede nombrar Tutor; pero este no debe usar de la tutela sin confirmacion, ò discernimiento del Juez, cuyo discernimiento no es necesario, ni lo manda la ley quando son legitimos, y el Tutor es nombrado por su padre; por lo que podrá usar de su encargo sin dicho requisito; (1) de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 1. de mi segunda parte adicionada. Previniendo que à los Grandes toca al Rey, y en su Real nombre al Consejo proveherlos de Curador *ad litem*, (2) y es lo que se practíca. En quanto à si el Testador puede nombrar, y diputar personas que extrajudicialmente hagan inventario, y particion de sus bienes entre sus hijos, y prohibir al Juez que intervenga en ello: y si el Escribano podrá, ò no autorizar estas disposiciones, vease lo que explicaré en dicha mi segunda parte.

10 Están privados igualmente de testar el loco, y desmemoriado mientras lo son; pero vale el Testamento que hacen antes de la locura, ò demencia, y el que formaliza el loco durante sus lucidos intervalos, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le buelve el frenesí, no valdrá; (3) y lo que en este caso debe hacerse, explicaré en

(1) Leyes 3. 6. 7. y 8. tit. 16. Partid. 6. §. Cum autem Inst. de Tutel. y §. Si quis filiis Inst. Qui Testamento tutor. dari pos. Lara de Vita hom. cap. 6. num. 22. y cap. 24. n. 1. al 20. Palac. Rub. en la ley 5. de Toro, num. 18. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 3. 4. 10. y 11.

(2) Ley 14. tit. 5. lib. 2. Rec.

(3) Leyes 13. tit. 1. Partid. 6. In eo 2. Furios. 9. Discr. 10. Cod. y

en el §. XXVIII. num. 301. y asi para anular el Testamento de el loco que tiene lucidos intervalos, es menester probar concluyentemente con el Escribano, y testigos instrumentales que al tiempo de su otorgamiento lo estaba, y no los tenia. El pródigo, à quien se prohibe judicialmente administrar sus bienes, no puede testar, pero valdrá el Testamento que ordene antes de la judicial prohibicion. Tampoco pueden el mudo, y sordo à nativitate: mas si lo son por enfermedad, ò accidente, y saben escribir, podrán hacerlo; y tambien el sordo total si es habil para ello, lo escribe por sí mismo, y luego lo lee, ò publíca à presencia del Escribano, y competente numero de testigos, ò de éstos, no habiendo Escribano. (1).

11. Los condenados à muerte civil, ò natural solo pueden testar, y dar poder à alguno para que en su nombre teste de lo que les permite la sentencia; (2) y lo mismo procede para con el traydor declarado. (3) A los dados en rehenes, à los condenados por libelos infamatorios, y declarados por hereges, y siervos, no se permite testar; previniendo, que aunque éstos hagan Testamento en el concepto de libres, si despues se verifica que son esclavos, no valdrá; (4) pero los hereges que por sentencia no están declarados por tales, podrán testar, respecto de que este acto es de derecho público, y la *ley 16. tit. 1. Partid. 6.* impone unicamente la prohibicion à los declarados, como se prueba de su contexto: *è aun decimos que los hereges despues que son condenados por sentencia de heregía, no pueden facer Testamento, nin aquellos que son juzgados por traydo-*

y In adversa 17. ff. Qui testam. facere pos. y §. Præterea 1. Inst. Quibus non est permis. facere test.

(1) Ley 13. tit. 1. Part. 6.

(2) Leyes 15. tit. 1. Partida 6. 4. de Toro, que es la 3. tit. 4. lib. 5. Recop. Ejus qui 8. ff. Qui testam. facere pos. y Si quis 6. ff. de Injusto, rupto, irrit. testam.

(3) Ley 16. al fin tit. 1. Partid. 6.

(4) Leyes Ejus qui 8. Obsides 11. Is, cui 18. §. 1. ff. Qui testam. facere pos. Manicheus 4. Ariani 5. Cod. de Hereticis. y 16. tit. 1. Part. 6. y §. Ejus qui 5. Instit. Quibus non est permissum facere testam.

dores, y asi no habrá inconveniente en autorizar el Testamento de los hereges tolerados, con quienes comerciamos; pero lo mejor es que otorguen donacion *causa mortis*, con la que se evitan dudas, y disputas, pues aunque no estén declarados por sentencia, son hereges conocidos, que viene à ser lo mismo para el caso.

12 Los Usureros manifiestos están asimismo privados de testar, sino restituyen las usuras, ò dán fianza de restituirlas; à menos que sea à favor de causas pias, y no hallen quien los fie, pues como tales son infames, y no debe darseles sepultura eclesiastica. (1)

13 Los Canonigos Reglares, y demás Religiosos profesos no pueden testar, porque para este efecto, y el de contraer, se les tiene por muertos: ni los hermitaños que viven bajo de regla aprobada: (2) ni tampoco, segun derecho Canónico, los que hieren, persiguen, y ofenden como enemigos à algun Cardenal de la Santa Iglesia Romana; (3) bien que por el nuestro no hay esta prohibicion. Y los Religiosos del Orden Militar de San Juan de Jerusalen, (que llaman Caballeros de Malta) ya sean Baylíos, Comendadores, y Priores, ò Capellanes de Encomiendas, y existan en el claustro, ò en algun empleo fuera de su Convento, ò en sus casas, no pueden testar estando profesos sin licencia de su Gran Maestre, porque son verdaderos Religiosos, hacen voto de pobreza, no tienen voluntad, ni los hace testables la habitacion fuera de clausura, al modo que tampoco al Monge hecho Obispo, y se lo prohiben los estatutos de su Orden, que en el tit. 18. n. 1. dicen: *Votum paupertatis id exigit, ut bonorum dispositio liberæ voluntati non subjaceat. Non licet igitur, neque quo-*

quo

(1) Leyes 9. tit. 13. Part. 1. 4. tit. 6. Partid. 7. y 5. tit. 6. lib. 8. Recop. cap. Quamquam usurarii 2. de Usuris in 6. Gomez en la ley 3. de Toro n. 14.

(2) Leyes 9. tit. 13. y fin. tit. 21. Part. 1. y 17. tit. 1. Partid. 6. capit. Quia ingredientibus 2. de Testam. cap. Quia ingredientibus 7. causa 19. quæstio 3. y Auth. Ingros. si Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(3) Cap. Felicis. 5. de Pœnis in 6.

quo modo permititur Baiulivis, Prioribus, Castellano Empostæ, Commendatariis, aut aliis ordinis nostræ fratribus testamentum condere, vel hæredem instituere, seu legata facere. Pues están revocadas por la santa Sede las licencias que tenian de testar los Militares profesos, y aceptada esta revocacion por los de San Juan. (1) Lo qual procede en tanto grado, que ni aun pueden reservar bienes algunos antes de profesar à efecto de testar de ellos despues, como lo tiene decidido la Sagrada Congregacion del Concilio; (2) por lo que todos los bienes que poseen quando mueren, ya sean, ò no patrimoniales, (que llaman *expolio*) son propios de su Religion, y pertenecen indistinta, y absolutamente al comun tesoro de esta. Pero si los expolios de los Capellanes de las Encomiendas corresponden à los Baylíos, Priores, ò Comendadores, y no al Gran Maestre, pueden estos conceder à aquellos licencia para testar, donar, enagenar, y disponer de ellos en vida, y muerte à su arbitrio, segun la constitucion 60. de Gregor. 13. expedida en 23. de Marzo de 1580. que refiere *Cherub. tom. 2. pag. 329. in novis*, y dice: *Eisdem Prioribus, Baiulivis, & Commendatariis licentiam, & facultatem concedimus ipsis condonandi, & relaxandi eorum spolia, quæ ad dictos Priores, Baiulivos, & Commendatarios spectant, ita ut de illis disponere possint tam invita quam in mortis articulo, condonationemque, ac relaxationem hujusmodi ejusdem roboris, ac momenti esse, ac si ab eadem Sede emanassent*; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo à estos Caballeros, y no autorizar sus Testamentos sin la licencia referida; pues sin embargo de que ninguna ley se lo prohibe, debe evitar nulidades, ò y el que le gradúen de ignorante; y aun quando la tengan, no deben exceder de las facultades que

(1) Pius 5. In motu proprio ann. 1568. qui incipit: Sacrosanct. Gregor. 15. decis. 85. y 109. Bonacin. tom. 1. de Obligation. Beneficior. disp. 4. punct. 2. n. 25. Scañ. in propugnacul. Sacræ Religionis Militaris, discept. 9. cap. 5. n. 1. al 6.

(2) Barbos. in Summ. decis. Apostolic. collect. 72. n. 18. Scañ. ibi. n. 7. al 10.

que en ella se les concedan, que es para testar del quinto. En quanto à si la licencia debe, ò no preceder al Testamento para que no se anule, vease à *Scaño in Propugnacul. Sacræ Religionis Militaris Sancti Joannis, discept. 9. cap. 5. ex n. 13.* hasta el fin, que con otros defiende que no es necesario, y que basta que luego la obtengan, con la que se confirma, y convalida, vease tambien à *Ferraris Biblioth. verb. Hierosolimitani*, y à los que cita.

14 En quanto à si es, ò no válido el Testamento del que despues de haberlo hecho, entra en Religion capaz de adquirir, ò el que hace estando en ella, pero antes de la profesion: y si se revoca, ò no por ésta: hay variedad de opiniones, ya diga en él, ò no el Testador que tiene animo de ser Religioso profeso, si lo ha otorgado pocos meses antes, y no instituyó por heredero à su Convento en defecto de legitimos: porque se presume hecho en fraude de éste, que quieren sea tenido en lugar de hijo, y que le herede, como se prueba de la *ley* 17. *tit.* 1. *Part.* 6. que dice: *Mas todos los bienes que oviese, deben ser de aquel Monesterio, ò de aquel lugar do entrase, si non hoviese fixo, ò otros, que descendiesen por la liña derecha que hereden lo suyo.* Y para evitar pleytos, le aconsejará el Escribano que dentro de los dos meses proximos à la profesion renuncie sus bienes, y futuras succesiones, segun lo dispone el santo Concilio de Trento. El que quisiere instruirse radicalmente, vea à *Gutier. Canon. quest. lib.* 2. *cap.* 1. à *Gom.* en la *ley* 3. *de Toro num.* 12. y à los que citan, y lo que explicaré en el cap. 14. §. 3. pues ha habido en esto mucho alucinamiento de parte de los Autores nimiamente adictos à los Frayles, y sus Conventos.

15 Los Militares estando en su casa, deben ordenar su Testamento del mismo modo que los demás hombres; pero si están en campaña, pueden hacerlo ante dos testigos, que es la solemnidad prescripta por derecho comun; y si se hallan en peligro de muerte, por salir heridos de alguna funcion bélica, ò ir à entrar en ella: como quisieren, y pudieren por escrito, ò de palabra, escribiendolo con su

su sangre en su escudo, armas, arena, ò en donde les parezca, y de qualquiera suerte es válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra forma; pues en fuerza de la crítica situacion en que están, y peligro, à que por defensa del Rey, y de la Patria se exponen, se les dispensa la falta de la solemnidad regular, y se estima la referida por suficiente; todo lo qual es conforme à derecho. (1) Por las Reales Ordenanzas del Exército, impresas en el año de 1768. tom. 3. Tratado 8. tit. 11. *de Testamentos*, se declara: por el artículo 1. que todo individuo que gozáre fuero Militar, le gozará tambien en punto de Testamentos en qualquiera parte que teste dentro, ò fuera de campaña. Por los articulos 2. y 3. que en el conflicto de un combate, ò sobre el inmediato caso de empezarle; ò en naufragio, ù otro inminente riesgo Militar en que se halle, pueda testar como quisiere, ò pudiere por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra; ò de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su ultima voluntad, aunque no sean rogados. Y por el 4. que será válida la disposicion del Militar escrita de su letra en qualquiera papel que la haya executado, ya sea en guarnicion, quartel, ò marcha; y que siempre que pudiere testar en parage donde haya Escribano, lo haga con él segun costumbre. Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se expidió Real Cédula declaratoria de él en 24. de Octubre de 1778. y lo dispositivo de ella dice: *He tenido à bien declarar por punto general à consulta de mi Supremo Consejo de Guerra de 3. de Julio de este año, que todos los individuos del fuero de Guerra pueden en fuerza de sus Privilegios otorgar por sí su Testamento en papel simple, firmado de su mano, ù de otro qualquiera modo en que conste su voluntad, ò hacerlo ante Escribano con las formulas, y cláusulas de estilo; y que*

(1) Leyes 4. tit. 1. Part. 6. y Ne quidem 17. Cod. de Testam. militis.

que en la parte dispositiva pueden usar à su arbitrio del Privilegio, y facultades que les dá la misma ley militar, la civil, ò la municipal; de modo que hoy no solo los Militares, sino todos los que gozan del fuero de Guerra por sus destinos, ò empleos, pueden testar en la forma que prescribe esta Cédula. Si hacen por sí su Testamento, no son necesarios (segun la entienden) los dos testigos que antes se requerian por derecho, respecto no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna, bien que por este silencio concibo no deroga la establecida, por ser precisa derogacion especifica. Pero si lo otorgan ante Escribano, deben concurrir los testigos que la ley preceptúa, respecto usar de ella, y no del fuero de Guerra. En quanto á sus hijos que por sus personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de esta Cédula, por ser personal el fuero. Todo lo qual necesita à mi entender nueva, y expresa declaracion para extirpar las dudas que por su omision, y silencio se suscitan.

16 Como el disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público, y la ley no hace mencion de los excomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas en quanto à si podrán, ò no testar: y distinguiendo, digo que los tolerados pueden del mismo modo que los que no están excomulgados, porque el Concilio Constanciense, y la Extravagante de Martino quinto, que empieza: *Ad vitanda scandala::::* les concede el privilegio de tratar con los no excomulgados, si estos los invitan, y exercer actos de jurisdicion: de que se infiere que tambien podrán testar, y hacer todo lo que el Católico que no lo está.

17 Pero que los vitandos, ò no tolerados no podrán, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion, porque en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual, sino de la temporal, y asi nadie puede darles de comer, ni beber, saludarles, resaludarles, rogar como ministro público por ellos, ni sepultarlos en sagrado, segun expone Santo Tomás en la *quæst.* 1.

ar-

artículo 1. y lo dicen estos dos versos:

Si pro delictis anathema quis efficiatur:
Os, orare, vale, comunio, mensa negatur.

à excepcion de los cinco casos que contiene este:

Utile, lex, humile, res ignorata, necesse.

y son: el primero, quando el excomulgado necesita alguna cosa para salir de la excomunion. El segundo, la muger que tiene que tratar en lo temporal con su marido. El tercero, los hijos, y criados con sus padres, y amos tambien en lo temporal. El quarto, quando se ignora la excomunion. Y el quinto, quando se necesita al excomulgado para exercer su facultad, ù oficio: en cuyos terminos están incapaces, y nada que hagan les sirve, mientras no se arrepienten, y piden la absolucion.

18 Tambien se les tiene por sospechosos en la Fé, y puede proceder contra ellos, pues indican que nada se les dá de la excomunion: que la Iglesia carece de potestad para segregarles de su Grey, y por consiguiente para castigarlos por contumaces: de que se colige, que al modo que el herege declarado no puede testar, tampoco podrá el excomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido, y declarado, manifiesta más señales de tal por su contumacia, que de católico; y como la cosa para reputarse por mala, basta que tenga qualquiera substancial defecto, y para que se estime buena, es preciso que nada tenga de mala, *quia bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*: por eso el excomulgado no tolerado no debe gozar del privilegio de Católico, mientras lo esté, pues por derecho real, y canónico, à mas de privarsele de sepultura eclesiastica, se le imponen otras penas. (1) Acerca de lo qual vease à *Gom.* en la ley 3. *de Toro* n. 14. y à los que cita, que indistintamente defienden que sí, por no ser uno de los excluidos expresamente por derecho, como el Usurero manifiesto. Los

(1) Leyes 8. tit. 13. Partid. 1. y 1. tit. 5. lib. 8. Recop. cap. Sacris 12. de Sepulturis. Ferraris Biblioth. verb. Testamentum art. 3. n. 21. Gutier. Canon. quæst. lib. 1. cap. 1.

19 Los Clerigos Seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales*, *quasipatrimoniales*, *è industriales*; (1) pero no de los propios de la Iglesia, ni de los que por razon de ésta adquieren, segun derecho canónico: bien que en estos Reynos de Castilla testan por costumbre de los que ganan *intuitu Ecclesiæ*, como de los patrimoniales, cuya costumbre está mandada observar por una ley recopilada, (2) y en virtud de ella se sucede en todos sin diferencia. Lo qual milita, y procede aunque los Clerigos hayan sido Religiosos profesos; por lo que una vez secularizados pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en Religion. Asi se declaró por la Sala primera de Gobierno del Consejo en 19. de Mayo de 1786. con audiencia fiscal, y se libró Provision en 13. de Junio siguiente con insercion de la ley 13. tit. 8. lib. 5. Recop. que queda citada, à instancia de Don Juan Marin Religioso secularizado del Orden de Mercenarios Calzados y vecino del lugar de Junanejo jurisdicion de la ciudad de Granada, el qual pretendió que el Consejo declarase qué facultades tenia para disponer de sus bienes, ò se la concediese para acudir à este fin à la Silla Apostólica. Por lo que sus Conventos deben debolverles los que por su representacion posean, aunque hayan hecho renuncia à su favor, porque ésta lleva embebida la condicion tácita de perseverar, y morir en la Religion, y en este concepto se debe entender formalizada, y no absoluta, y simplemente; y porque como dexan de ser subditos suyos, è individuos de la Religion, y no los mantienen sus Conventos, cesa la causa, y título que tenian para poseerlos: se extingue el derecho con que se los habian apropiado: se resuelve la renuncia, y por consiguiente hacen reversion à su dueño legitimo, y primitivo, el que para este caso se gradúa, y estima del mismo mo-

(1) Cap. Quia nos 9. de Testament. cap. Episcopi 19. causa 12. quæst. 1. cap. Placuit 1. y Quicumque 2. eadem causa quæst. 3.

(2) Cap. Cum in officiis 7. Ad hæc 8. Quia nos 9. y Relatum 12. de Testam. y ley 13. tit. 8. lib. 5. Recop.

modo que si jamás hubiera sido Religioso ; pues no es creible ni aun presumible que quando hizo la renuncia , hubiese sido su animo otorgarla en otro concepto , ni quedarse pobre porque se lucrase el Convento que no lo habia de mantener. A más de que seria una donacion inmensa que por derecho está reprobada justamente , como en el cap. 3. explicaré ; y asi ninguna razon hallo para que el Convento retenga sus bienes en su perjuicio , ni para que à este fin se le admita en juicio , ni dé lugar à pleytos , y expensas indebidas.

20 Los Arzobispos , y Obispos suelen poseer bienes adventicios , y profeticios : los adventicios son los que adquieren no por razon de sus Obispados , ni de Beneficio, Renta , ò Dignidad Eclesiastica , sino por otras , v. gr. industria , donacion , herencia de alguno , ò cosa semejante ; y de estos , y de los patrimoniales pueden disponer à favor de quien quisieren. (1) Y los profeticios son los que ganan por sus Obispados , Dignidades , y Beneficios Eclesiasticos , los quales tienen facultad de distribuir en vida à sus parientes , amigos , criados , y à otros ; pero no de disponer de ellos , ni de los propios de la Iglesia por Testamento , ù otra ultima voluntad , ni por contrato entre vivos. (2)

21 Los Peregrinos , y Romeros tienen potestad de testar libremente como quisieren , y el que se lo impide , incurre en varias penas ; (3) y muriendo intestados , debe la Justicia del lugar en que acaece su muerte , inventariar , y depositar sus bienes , gastar lo preciso en su entierro , y hecho , dar cuenta al Rey , ò à quien le represente , para que disponga del residuo entre sus consanguineos , y à falta de ellos en obras pias , pues aunque no los tengan, no recaen en el Fisco ; (4) y las Justicias por donde transi-

(1) Leyes 2. y 3. tit. 21. Part. 1.
(2) Ley fin. tit. 21. Part. 1.
(3) Leyes 30. tit. 1. Partid 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Recop.
(4) Leyes 31. tit. 1. Partid. 6. Sr. Greg. Lop. en ella, y 5. tit. 12. lib. 1. Recop. Auth. Omnes Peregrini Cod. Communia de Succes. Gom. en la ley 8. de Toro , n. 25. y 26.

sitaren, deben ampararlos, y no permitir que en sus personas, ni bienes se haga la menor extorsion, ni daño; y si instituyen herederos, oirlos, y despacharlos con la brevedad posible; de suerte que no experimenten dilacion, ni perjuicio. (1)

22 Si el que tiene prohibicion legal de testar, impetra licencia del Rey para hacer Testamento, y en su virtud lo ordena conforme à derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capáz; y si le pide la merced de que presencie à su otorgamiento, y se la concede, será válido, aunque nadie mas concurra; (2) y no es necesario que la licencia para testar preceda al Testamento, basta que la obtenga luego, pues con ella se corrobora, y convalida, porque como el Testamento no tiene fuerza, ni se perfecciona hasta que el Testador fallece, es suficiente que en este tiempo esté habil el que lo hace; (3) y la que se obtiene antes de la perfeccion del Testamento, lo confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó, (4) y por la naturaleza del Testamento se estiende à todas las cosas que contiene.

23 Quatro cosas se requieren precisamente para que el Testamento del que no goza del fuero de Guerra, se estime como tal: la primera, que el Testador tenga potestad legal, y natural de testar al tiempo de otorgarlo, y voluntad libre para disponer à su arbitrio; (5) bien que aunque entonces fuese capáz, si despues se irrita por habersele quitado aquella capacidad, no convalecerá lo dispuesto en él, no obstante que ésta se le buelva, à menos que intervenga nueva, y solemne voluntad. (6) La segun-

(1) Leyes 32. tit. 1. Partid. 6. y 3. tit. 12. lib. 1. Recop.

(2) Ley 5. tit. 1. Partid. 6.

(3) Ley Si quis filio exhæredato, §. irritum vers. Qua ratione, ff. de Injusto, rupt. testam.

(4) Arg. leg. Talis scriptura 30. in fin. ff. de Legat. 1. verb. Legati. Scañ. in propugnacul. Sacræ Religionis Sancti Joannis, discep. 9. cap. 5. ex n. 13. hasta el fin.

(5) Leyes 2. ff. Qui testam. facere pos. y 13. tit. 1. Part. 6.

(6) Ley Qui ex liberis 11. §. Testamento, ff. de Bonor. posses. secund. tabul.

gunda, que nómbre heredero que no tenga privacion de serlo, porque si carece de él, no valdrá como Testamento, sino como ultima voluntad, y se declarará ab intestato en quanto à la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras, y todas las demás cosas que contenga, no siendo opuestas à derecho, y pasarán sus bienes à los que ab intestato deben heredarle, (à diferencia de lo que por derecho comun, y de las Partidas está dispuesto, pues si carecia de heredero, se rompia en el todo) y si es de los prohibidos de heredar, recaerán en el Fisco. (1) La tercera, que conste de la solemnidad prefinida por la ley Real, como forma substancial, (2) la qual *es una circunstancia, y qualidad extrinseca introducida por derecho positivo, por la que se hace solemne el acto, ò contrato*; (3) y que el Testador manifieste su voluntad ante el competente numero de testigos, (4) en los terminos que en el §. XIX. explicaré, porque si carece de la solemnidad, se romperá en el todo, y morirá ab intestato absolutamente, como lo dice expresamente la *ley* 2. *al fin tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* ibi. *Los quales dichos Testamentos, y Codicilos sino tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fee, ni prueba en juicio, ni fuera de él*. Y la quarta, que se confirme con la muerte del Testador, y asimismo que el heredero acepte la herencia, porque mientras vive, puede revocarlo, y si el heredero no acepta la herencia, pasará à los que deben heredar ab intestato al Testador, excepto que le nómbre substituto, que en tal caso la llevará éste. (5) Con cuyas quatro cosas, aunque nada mas contenga,

(1) Proem. del tit. 3. Partid. 6. y leyes 1. tit. 4. y 4. tit. 6. lib. 5. Recop. 10. tit. 7. Partid. 6. 1. ff. de Hæredib. Institu. y Si nemo, ff. de Testam tutel. y §. Ante hæredis 34. Instit. de Legat.

(2) Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4. y 14.

(3) Bald. in leg. Etiam Cod. de Execut. rei judic. Gallerat. de Renuntiat. centur. 1. renuntiat. 22. n. 1. al 4.

(4) § Sed hæc 14. Instit. de Testam ordinand. Auth. Hoc inter §. 2. y ley In testament. 26. Cod. de Testam.

(5) Leyes Cum hic status 32. §. Pœnitentiam 3. ff. de Donat. inter

ga, ni en él se exprese la naturaleza, y filiacion del Testador; (las que se ponen unicamente para que sus descendientes, y consanguineos puedan hacer sus pruebas) será Testamento perfecto; y sin embargo de que despues de su otorgamiento hayan transcurrido diez, veinte, treinta, quarenta, y mas años, valdrá, y se deberá observar, por ser visto haber permanecido el Testador en aquella voluntad, sin que haya ley que diga lo contrario, como el vulgo ignorante tiene creido, de que en pasando diez años no sirve, y què es menester renovarlo para evitar el abintestato; lo qual es error, pues por ningun transcurso de tiempo prescribe la ultima voluntad, sino se revoca.

24 Ha de contener tambien invocacion divina, protestacion de la Fé, señalamiento de sepultura, Misas, mandas forzosas, eleccion de Testamentarios, y revocacion de otras disposiciones anteriores; pero aunque carezca de esto, no dexará de ser Testamento, pues la *protestacion de la Fé*, no obstante ser acto de Religion, y muy santo, católico, y bueno; como sirve solo para acreditar que el Testador es Christiano, y darle sepultura eclesiastica, se puede subsanar en caso de duda con informacion de ello, ò certificacion de su Parroco, al modo que quando muere intestado. La *sepultura*, enterrandole en su Parroquia, si no la tiene fuera de ella, ò aun quando la tenga: previniendo que cada uno puede elegir la que quiera, aunque esté baxo de la patria potestad, siendo pubero, (1) y la muger contra la voluntad de su marido, pues para testar y disponer lo concerniente à su ultima voluntad, no necesita su licencia. (2) Las *Misas*, y *pompa fúnebre*, mandando el heredero celebrarlas, y hacer la correspondiente â la calidad, y haberes del Testador, y costumbre del pais. Las man-

ter virum. et uxor. 4. al fin. ff. de Adimend. legat. 3. Cod. de Codicil. Si quis 6. Cod. Qui testam. facere pos. y 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienzo en ella glosa 14. n. 2. 3. 4. y 5.

(1) Cap. 1. de Sepultur. cap. 2. cap. Licet, y cap. fin. eod. tit. in 6.

(2) Cap. De uxore, de Sepultur. Parlador. different. 66. §. 1. y 3.

mandas forzosas, pagando lo que se acostumbra. La *eleccion de Testamentarios*, cumpliendo el heredero como verdadero Testamentario lo que estos harian si hubieran sido nombrados. y en su defecto apremiandole à ello el Obispo, como executor por derecho de ultimas voluntades pias. (1) Y la *revocacion*, siendo aquel Testamento el unico que el Testador formalizó, y si son dos: el Testador no tiene herederos forzosos: y ambos contienen nombramiento de heredero, se dividirá la herencia entre todos los instituidos, ò disputará quien lo ha de ser; pero sin embargo de que nada de esto es rigorosamente preciso para la validacion del Testamento, y que en los terminos propuestos puede enmendarse, prevengalo el Escribano al Testador, para que no lo omita; bien que por no prevenirselo, no incurrirá en pena, pues no la hay impuesta.

25 Puede contener á mas de lo expuesto, legados, ò mandas voluntarias, fundaciones de Vínculos, Memorias, Capellanias, Patronatos, agregaciones de bienes à ellos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substituciones de herederos, y legatarios, nombramiento de Tutores con relevacion de fianzas, ò sin ella; y el Testador dár Tutor para todo, y no para una cosa sola, simplemente, ò con condicion, y por tiempo cierto à su voluntad, no solo à sus hijos pupilos legitimos, y naturales, nacidos, y póstumos, sino à los estraños que instituye por sus herederos, en la forma que queda sentado en el *num*. 9. y dar poder para nombrarles Tutor en los terminos que en el *n*. 272. diré. Tambien puede dividir sus bienes entre ellos, aplicandoles los que quiera à su arbitrio; (2) previniendo que si manda que se conformen con la division, deben pasar por ella, como lo dice la *ley* 10. *Cod. Familiæ erciscundæ ibi*:::

(1) Cap. Nos quidem 3. y cap Si hæredes 6. de testam. y ley Nulli 28. Cod. de Episcop. & Cleric. Ferrar. Bibliot. verb. Testamentum, n. 47. al 49. y Concil. Trident. Sess. 22. cap. 8. de reformat.

(2) Leyes 9. tit. 15. y 3. 6. 7. y 8. tit 16. Part. 6. y Parentibus. arbitrium 8. Cod. de Inoffic. testament.

ibi::: Quoties inter omnes hæredes testator succesionem suam divisit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ in eisdem sunt constituta, jubet esse contentos, voluntati ejus salva legis Falcidiæ auctoritate, obtemperandum esse manifestum est; lo qual se entiende, con tal que con la division no perjudique à los herederos forzosos en el importe de sus legitimas, y qualidad de bienes, y no de otra suerte; lo que no procede para con los estraños, pues estos deben contentarse con lo que les dexe como dueño de su hacienda, y árbitro de su voluntad; y cumplir las honestas, y posibles condiciones que les imponga, segun se dirá en el §. XIV.

26 Puesta la cabeza del Testamento con la invocacion, y protestacion referidas, encomendará el Testador su alma à Dios, que de la nada la crió, y el cuerpo à la tierra, de que lo formó, y señalará sepultura para su cadaver, (cuyo entierro será en la Parroquía en que vivia quando murió, (1) y sin perjuicio de los derechos de ésta, en donde quiera) las Misas que por su intencion, y para descargo de su conciencia se han de celebrar, en donde, y la limosna de cada una, (cuya quarta parte toca à su Parroquia, en donde hay costumbre como en esta Corte; y asi de todas las que dexe en disposicion testamentaria, la exigirá, aunque mande lo contrario, con mas ocho maravedis de cada una por la cera, oblata, y derechos de colecturía, segun la constitucion 2. de este Arzobispado *tit.* 6. *de Testamentis, lib.* 3. excepto de las Misas votivas) con qué Habito ha de ser amortajado su cadáver, y la forma, y disposicion de su entierro, ora, y acompañamiento, ò lo dexará à arbitrio de su heredero, ò Testamentarios, segun le parezca.

27 Para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalèn, y tierra Santa, Redencion de Christianos Cautivos, y demás mandas forzosas, en las que se comprende el casar huerfanas, (2) legará treinta y seis maravedis, ò lo mas

(1) Ley 5. tit. 13. Partid. 6. (2) Ley 5. num. 5. tit. 2. lib. 5. Recop.

mas que quisiere, con cuya limosna los apartará del derecho que pueden tener à sus bienes, como antiguamente lo pretendian, si nada se les legaba; y si ordena su Testamento en esta Corte, ó en algun lugar de los comprehendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los Reales Hospitales de ella, legandoles à lo menos quarenta y ocho mrs. para la curacion de los pobres enfermos, y el Escribano no autorizar el Testamento de los Seculares sin este requisito, pues de lo contrario se le hará cargo en la visita, (bien que el Testamento no se anula por este defecto); pero si el Testador es Eclesiastico, cumple con recordarle que exercite esta caridad, y dar fé de ello, segun Real orden de once de Diciembre de 1750. mandada observar por el Consejo en el mismo año, y posteriormente en diez y siete de Octubre de 1757. lo que tendrá presente para no incurrir en pena.

28 Declarará qué deudas tiene contra si, y à su favor, mandando que se paguen, y cobren; bien entendido que la declaracion que haga *in articulo mortis* en perjuicio de tercero, no perjudica à éste, ni se debe estar à ella, (1) si por otro medio no se acredita; pues aunque en dicho estado no es presumible que el Testador se olvide de su salvacion, y quiera perderse mintiendo, y dañando à otro, tampòco se presume ser un San Juan Bautista; pero el juramento contra si perjudícará à sus herederos, y deberán estár à él. (2) Remitirá las deudas à sus deudores, no cediendo en detrimento de las legítimas de sus herederos forzosos. Declarará quántos matrimonios contraxo: qué dote llevaron sus mugeres: qué cantidad las dió, ù ofreció en arras, ò en joyas, y vestidos: si hizo, ò no capital, y su importe, ò se remitirá à los instrumentos formalizados, si no lo tiene presente: de qué edad son, y en qué estado se hallan los hijos que pro-

creó

(1) Ley Si quis in gravi §. Si quis moriens ff. ad Syllanian. Menoch. lib. 1. præsunt. 5. n. 8. Lara de vita hom. cap. fin. n. 8.

(2) Authent. De jure jurando à moriente præstito. Vers. Sed si quædam.

creó en sus matrimonios : si alguno está emancipado, ò casado : qué dió à los que están fuera de su poder, y lo demás que se le ofrezca declarar, y prevenir ; pues el Testamento puede contener todas las cosas, y prevenciones que ocurran al Testador, asi para descargo de su conciencia, como para beneficio de otros. Especificará tambien individualmente los legados que haga, su cantidad, especie, y personas, de suerte que no se dude de el Legatario, y cosa legada ; pues dudandose, serán nulos, è ineficaces ; (1) y no los dexará à los que están privados de ser herederos, y legatarios, que llama *indignos* el derecho, porque si se los dexa, no los percibirán, y recaerán en el Fisco, (2) aunque en ciertos casos no los llevará éste, (3) acerca de lo qual vease al Señor *Greg. Lop.* en la ley que se cita, *glos.* 2. y sig.

29 El orden que se ha de observar en la extension del Testamento, es el siguiente. Primero se pondrá la invocacion Divina, y protestacion de la Fé : despues encomendará el Testador su alma à Dios, y expresará con qué Habito ha de ser amortajado su cadaver, y la disposicion de su funeral, y entierro : En otra cláusula, qué numero de Misas se han de celebrar por su alma, en dónde, y su limosna : luego las mandas forzosas, y pías : en otras cláusulas las graciosas, ò profanas : consiguientemente las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones, y nombramiento de Tutores : en otra la eleccion de Testamentarios : en otra la institucion de herederos, y substitutos : y en la ultima la revocacion de otras disposiciones precedentes ; pero se previene que este orden no es preciso para la validacion del Testamento, ni el que se antepongan, ò pospongan sus cláusulas, aunque sea la de heredero, varía, ni destruye su esencia, y substancia ; (4) al modo que las palabras por abundantes, y duplicadas no vician las escrituras. (5)

(1) Ley 9. tit. 9. Part. 6.
(2) Ley 13. al fin. tit. 7. Part. 6.
(3) Ley 17. tit. 7. Partid 6.
(4) Leyes Ambiguitates 24. y Præposteri 25 Cod. de Testam.
(5) Ley 94. ff. de Reg. jur.

§. II.

§. II.

MANDAS.

30 LA manda, ò legado *es una dadiva, ò donacion que el Testador dexa en su Testamento, ò en otra disposicion testamentaria à alguno por amor de Dios, ò por su alma, ò por hacer bien à quien la dexa*; y Legatario *es el que nombra para su percibo.* (1) Puede hacer legados el que es capáz de testar, y ser Legatario el que no tiene prohibicion de ser heredero; previniendo que aunque la tenga al tiempo que se le hace el legado, si al del fallecimiento del Testador está indemne de ella, debe haberlo. (2) Igualmente puede serlo, y percibir la manda el condenado por tiempo determinado à servir en las minas; pero no el que lo es para siempre, (que llaman *Deportado*,) ò por traycion contra el Rey, ò su Reyno, ni sus hijos varones; (3) ni tampoco el que nombró el Testador por Tutor de sus hijos, si no quiere aceptar este encargo. (4)

31 Las mandas se dividen en *forzosas*, y *voluntarias*: De las forzosas traté en el num. 27. Las voluntarias son las que dependen de la voluntad del Testador como efecto de su liberalidad: y de estas unas son *genericas*, y otras *especificas*; las genericas no se conocen determinadamente por su nombre, v. gr. un caballo, una mula sin mas expresion, ò alguna cosa de las que se cuentan, miden, ò pesan. Y las especificas son las que se conocen luego que se nombran, v. gr. tal casa, ò heredad en tal parte con tales linderos, ò tal alhaja con señales tan claras, è indi-

(1) Leyes 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley 1. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley 4. tit. 3 Partid. 6. y 2. tit. 2. Partid. 7.

(4) Ley 17. tit. 7. Partid. 6.

dividuales, que no se duda la que es; y en éstas siendo propias del Testador, y puramente hechas, adquiere dominio su Legatario inmediatamente que fallece, y puede pedirlas à su heredero, y éste debe entregarselas con las cosas que las pertenecen, y se les acrecieron despues que le fueron legadas, en uno de tres lugares, que son, el en que habita, ò están las cosas legadas, ò la mayor parte de los bienes del Testador, à menos que éste prefina en donde se las ha de dár, pues entonces se observará su voluntad; y asimismo debe darle los frutos que han producido desde el dia en que entró en la herencia, ò la aceptó. (1) Previniendo lo primero, que si se mueve pleyto sobre el legado antes de su tradicion, toca pagar las impensas que en él se hagan, al heredero, y no al legatario; y si despues de entregado, toca à este, y no à aquel. (2) Si fuere quitada en Juicio la cosa legada, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al Testador, à menos que el heredero le ceda sus acciones. (3) Y si el legado dexado con carga, no valiese en el todo, y fuese quitada alguna parte en Juicio, se ha de disminuir à prorrata la carga. (4) Y lo segundo, que si en las cosas legadas hay frutos pendientes, y mostrados al tiempo de la muerte del Testador, y no dispuso de ellos, tocan al Legatario, porque son parte del fundo, y se contemplan una misma cosa con él: lo que no sucede estando separados; (5) pero esto se entiende, cabiendo todo en el quinto, si el Legatario es estraño, y el Testador dexa descendientes legitimos; y en el tercio, y remanente del quinto, si es descendiente, porque la legitima de estos no puede ser gravada en otros terminos; y habiendo ascendientes,

(1) Leyes 47. ff. de Legat. 1. y 34. 37. y 48. tit. 9. Partid. 6. Vease al Sr. Greg. Lop. en la 34. verb. El señorío: y en la 37. verb. Los frutos.

(2) Ley His verbis 100. ff. De leg. 3. & ibi glos. Garcia de Expens. cap. 17. n. 10.

(3) Ley Si res, ff. de Evi&tion.

(4) Ley Ei qui amplius ff. de Donation. cap. Quanto, de Cens.

(5) Ley Fru&us pendentes 44. ff. de Rei vindicat. Señor Cast. de Usufru&. lib. 1. cap. 42.

tes, ha de caber en el tercio; lo que se tendrá presente en las particiones, en cuyo tratado lo explicaré latamente.

32 El Testador puede legar no solo sus bienes, sino los del heredero que instituye, y tambien los de otros, sabiendo que son agenos, y el heredero está obligado à comprar estos, y entregarlos al Legatario, ò su estimacion en caso que su dueño no quiera venderselos; pero si al tiempo de legarlos cree que son suyos, à nada es responsable su heredero, à menos que sea legado de siervo, que entonces debe su Señor venderlo, y el heredero manumitirlo por favor de la libertad, si el Testador se lo mandó. (1) Y si lega la escritura de deuda que tiene à su favor, es visto legar la misma deuda, y asi podrá demandarla el Legatario. (2)

33 Puede legar asimismo las cosas incorporeas (que son servidumbres, deudas, derechos, y acciones) del mismo modo que las corporeas: (3) y las nacidas, y que no han nacido, con tal que se espere que han de nacer, v. gr. los siervos, animales irracionales, sus hijos pósthumos, frutos, &c. y vale el legado. (4) Igualmente puede legar la alhaja que empeñó, y obligó à otro por mas, ò menos de su valor, y su heredero debe entregarla al Legatario: (5) como tambien la que está empeñada en su poder al que se la empeñó, y vale la manda; pero su heredero tiene accion à pedir al Legatario la cantidad que sobre ella le habia prestado el Testador; (6) sin que por esto pueda decirse que es inutil el legado, pues queda al Legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de ésta es de lo que le hace el legado, à menos que mande expresamente lo contrario.

34 Si el Testador tiene dinero en cierta parte, y creyen-

(1) Leyes 10. tit. 9. Partid. 6. y Paulus 30. ff. de Fideicomis. libert. Gom. lib. 1 Var. cap. 12. n. 13.

(2) Ley 47. ad princip. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley 15. tit. 9. Partid. 6.

(4) Ley 12. tit. 9. Partid. 6.

(5) Ley 11. tit. 9. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 39.

(6) Leyes 16. tit. 9. Partid. 6. Mulier 3. §. fin. ff. de Legat. 3. y 1. ff. de Liberat. legat.

yendo que hay, v. gr. cien reales, dice: *mando à Pedro cien reales que tengo en tal gaveta.* Vale la en manda quanto hay en la parte que señala, aunque sea menos que lo que expresó, y el heredero está obligado à su entrega; pero si hay mas, cumple con dar el importe legado, no habiendose menoscabado por su culpa, que en tal caso debe reintegrarlo. (1) La propia obligacion tiene el heredero si el Testador lega à alguno cierta cantidad que cree estarle debiendo; pues ya sea veridico, ò falso, está obligado à entregarsela, porque es visto que quiso legarsela. (2)

35 Quando el Testador lega su plata, oro, trigo, aceyte, vestidos, ò cosas semejantes sin mas expresion, ha de prevenirle el Escribano, que diga si han de ser los que tiene entonces, ò los que se encuentren al tiempo de su muerte, pues segun un texto civil (3) se debe entender que lega los que entonces tiene; y para evitar dudas, y pleytos, tendrá cuidado de advertirle que declare especificamente su voluntad.

36 Si lega alguna cosa en esta forma: *Mando à Pedro tal albaja,* (nombrandola) *para que la haya quando mi heredero quisiere.* Y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe éste darla al Legatario inmediatamente que entre en la herencia del Testador. Mas si dice: *Mando à Pedro tal albaja, para que la haya, si quisiere.* En este caso aunque vale la manda, no obstante, si el Legatario muere sin haberla pedido, ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al del Testador. (4)

37 Legando el Testador una cosa à dos, ò mas personas juntamente, v. gr. *Mando à Pedro, y Juan cien reales,* deben partirla con igualdad; y lo mismo han de hacer aunque se la mande apartadamente, v. gr. *Mando à Pedro una viña que tengo en tal sitio.* Y despues diga en otra cláu-

(1) Ley 18. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 19. tit. 9. Partid. 6.
(3) Ley Si ita esset legatum 7. ff. de Auro, argento.
(4) Ley 30. tit. 9. Partid. 6.

cláusula: *Que manda à Juan la misma viña.* Y si alguno de ellos muere antes que el Testador, ò renuncia su parte, ò sobreviene algun impedimento que le prive de llevarla, se acrecerá à los demás legatarios, ya sea divisible, ò individua. (1)

38 Si el Testador manda à alguno de dos cosas la que quiera elegir, y escoge una de ellas, no puede arrepentirse despues. Y si dexa la eleccion à arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año contado desde su muerte, tiene facultad de hacerla despues el Legatario; (2) pero si lega à dos personas una de sus alhajas, diciendoles indistintamente: *que tomen la que quieran*, y discordan en la eleccion, deben echar suertes, y aquella à quien toque, dár à la otra el importe de su parte, regulado segun arbitrio de dos hombres buenos. (3)

39 Mandando dos Testadores una misma cosa à alguno, si éste percibe primero su estimacion del heredero de uno de ellos, puede pedir despues al del otro Testador la cosa legada; pero si la recibe antes, no le queda accion para demandar su valor. (4) Se previene que aunque el Testador mande muchas veces una cosa en su Testamento, no está obligado su heredero à darla al Legatario mas que una. (5)

40 Todos nacian libres en lo antiguo, por cuya causa no era preciso ahorrar, ò manumitir, hasta que con motivo de las guerras, y discordias que entre las gentes se encendieron, se estableció para castigo reciproco que se captivasen, y no se matasen, por lo que fue insultada la libertad, y el hombre constituido en el estado mas deplorable, que es la esclavitud. (6) No me detengo en explicar quantas clases hay de Siervos, ni otras cosas concernientes à esta materia, y solo paso à difinir la libertad, y expresar como puede el Testador darla à los suyos por Testamen-

(1) Ley 33. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 25. tit. 9. Partid. 6.
(3) Ley 26. tit. 9. Partid. 6.
(4) Ley 44. tit. 9. Partid. 6.
(5) Lay 45. tit. 9. Partid. 6.
(6) Ley 1. tit. 21. Partid. 4.

mento ; y digo que la libertad *es un poder, ò potestad natural que el hombre tiene para hacer lo que quiere, y por ley, ò fuero no le está prohibido.* (1)

41 Qualquier Señor tiene facultad de darla à sus Esclavos en todos lugares sagrados, y profanos, en presencia, ò ausencia del Juez, por Testamento, contrato, ò ante cinco testigos, con tal que se la dé por sí mismo, y no por apoderado ; bien que puede mandar à sus ascendientes, y descendientes que los manumitan. Si quiere darsela por Testamento, ha de tener catorce años, edad precisa para testar ; (2) pero si tiene muchos siervos, y deudas, y carece de otros bienes para la satisfaccion de estas ; solo puede manumitir algunos. (3) Y por quanto el Señor tiene potestad de bolver à su dominio al esclavo que manumitió, por varias causas prefinidas por derecho, y siempre le queda sobre él una raiz de naturaleza à modo de Señorío, que las leyes llaman *Patronazgo* ; para que nada le quede, ha de remitir, y quitar en la escritura de libertad el derecho de Patronazgo que tiene sobre él, como lo previene una de dichas leyes, (4) y el Escribano lo verá en la que estenderé en el *cap.* 7. §. *fin. num. ult.* Advirtiendo que si el Testador lega su siervo à alguno para que le sirva, no es visto legarle la propiedad, y señorío de él, sino su servicio, por lo que muerto el Legatario, bolverá al heredero del Testador. (5)

42 Si el Testador hace algun legado à hombre muerto, creyendo que está vivo, ò aunque entonces lo esté, si fallece, ò es desterrado para siempre antes de la muerte del Testador, no está obligado su heredero à entregarlo al del Legatario, porque éste no adquirió derecho à él. (6).

43 No puede legar lo que es propio de los Reyes sin su real permiso : ni los bienes de las Iglesias : ni las plazas, exi-

(1) Ley 1. tit. 22. Partid. 4.
(2) Dicha ley 1. tit. 22.
(3) Ley 25. tit. 9. Partid. 6.
(4) Leyes 90. tit. 18. Partid. 3. y 5. tit. 16. y 8. 9. y 10. tit. 22. Partid. 4.
(5) Ley 46. tit. 9. Partid. 6.
(6) Ley 35. tit. 9. Partid. 6.

exidos, ni otras cosas comunes de las Ciudades, Villas, y Lugares: ni los marmoles, pilas, puertas, y demás puestas en los edificios para su adorno, y seguridad, y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado à darlas, ni su estimacion al Legatario. Tampoco vale la de siervo Christiano à Judio, Moro, ò Herege, ni la de cosa, que aunque puede ser legada quando se manda, muda despues de estado, ò condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la Iglesia sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor. (1)

44 Asimismo no puede legar Castillo, Villa, Aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo; pero si sabiendo su ineptitud, le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion: y si ignora si es, ò no idoneo, nada debe entregarle. (2). Tampoco puede legar al siervo de su heredero cosa alguna sino con la condicion de que le manumita, pues solo en este caso valdrá el legado. (3)

45 No debe dexar à arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras, y señales tan claras, y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del Legatario, ni cosa legada; (4) ni tampoco la eleccion de la persona del Legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dexar à su heredero, ò à otro la facultad de elegir à personas inciertas, de las ciertas que le señale, en cuyo caso valdrá, porque no se confiere en la voluntad de otro la substancia del legado, sino la qualidad, ò eleccion de la persona, que es accesorio. (5) Para que sean válidas, se han de hacer en Testamento, poder para testar, ò Codicilo; (6) bien que se pueden hacer, y hacen no solo le-

(1) Ley 13. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 14. tit. 9. Partid. 6.
(3) Ley 8. tit. 9. Partid. 6.
(4) Leyes 11. tit. 3. y 9. 28. y 29. tit. 9. Partid. 6.
(5) Ley Cum quidam ita 24. ff. de Legat. 2. Gom. en la ley 40. de Toro n. 48.
(6) Ley 34. al principio tit. 9. Partid. 6.

legados, sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de Tutores, y todo lo demás, excepto la institucion de heredero, en memoria testamentaria, la que siendo indubitada, y citandose en el Testamento, ò en poder para testar, se estima por parte de estos sin reparo. Y se previene que al modo que el Escribano no necesita Auto de Juez para autorizar, y protocolar el Testamento, porque es acto extrajudicial, y el Rey le dá para ello la competente facultad: tampoco para protocolar la memoria citada en él, y en poder para testar; insertarla en el Testamento que haga en virtud de éste; y dár de todo à los verdaderos interesados las copias, y testimonios que le pidan; y la razon es, lo primero, porque la memoria es parte integral del mismo Testamento, ò poder. Lo segundo, porque el Juez no hace mas que cumplir la voluntad del Testador, sin tomar otro conocimiento de si la memoria es, ò no suya, que la relacion que en un pedimento le hace el heredero, testamentario, ò persona que la presenta. Lo tercero, porque el Juez no es legislador sino executor de la ley, por lo que no puede dar valor à las cosas que por derecho no lo tienen, y las que lo tienen, no necesitan la interposicion de su autoridad. Y lo quarto, porque no hay ley que lo preceptúe, ni prohiba al Escribano ante quien pasaron el Testamento, y poder para testar, protocolizar sin su mandato la memoria citada en ellos. Lo qual se entiende à menos qne el Testador lo mande, pues en este caso aunque sea el mismo Escribano deberá preceder el Auto; y para que no se presuma que el Escribano la suplantó, pondrá nota en ella de habersela entregado el heredero, ò persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla, y si no sabe, que la presente al Juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el Escribano ha muerto, deberá preceder Auto de Juez dado à instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio, y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del Testamento á fin de que se sepa en donde se halla; y quando

do se saque testimonio de ella, se relacionará el Testamento de que es miembro, à efecto de que no se crea que es un papel simple, y es lo que se practíca en esta Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que se concilian estas memorias, ò disposiciones privadas, vea los Autores que se citan. (1) En quanto à si haciendo el Testador por señas los legados, valdrán, ò no, vease à *Gomez* en la ley 3. *de Toro*, n. 112. y 113. à *Matienzo* en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. y à los que este cita.

§. III.

CONDICIONES DE LEGADOS, *y Herencias.*

46 EL Testador puede hacer los Legados puramente, à dia, ò tiempo cierto, ò incierto, y con condicion; (2) y se deben observar las honestas, y posibles que imponga, porque es dueño, y árbitro de sus bienes, y su voluntad ley, que como tal obtiene el primer lugar. (3) De los que hace puramente siendo suyo lo que lega, pasa el dominio à su Legatario inmediatamente que fallece, y aunque éste muera antes que se aposesione del Legado, ò que el heredero del Testador entre en la heren-

(3) Card. de Luca tract. de Testam. disc. 1. y 2. n. 2. 3. y 5. disc. 6. n. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15. y 78. Menochio consil. 94. n. 24. Julio Caponio discep. 202. n. penult. Ciriac. controv. 444. num. 7. 23. y 55. versic. In proposito: y n. 82. y 88. Mantic. de Conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 7. n. 7. Ant. Fab. de Errorib Pramm. part. 3. decad. 69. Error. 3. Gracian. tom. 5. discep. forens. cap. 973. n. 44. 48. y 49. Sr. Cast. lib. 4. controv. cap. 27. n. 72. Sr. Covar. cap. Cum tibi de Testam. n. 6.

(2) Ley 31. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley In conditionibus 19. ff. de Conditionib & demonstrationib. y Authent. De nuptiis, ibi: *Disponat unus quisque de suis, ut dignum est, & erit lex ejus voluntas.*

rencia, ò la acepte, no dexarán por eso de llevarlo los suyos, y el del Testador estará obligado à entregarselo con los frutos que le corresponden, y haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó la herencia, ò entró en ella, segun queda expuesto en el num. 31. Y si lo que lega el Testador, no es suyo, debe su heredero comprarlo, y entregarlo al Legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produjo desde el dia que se lo demandó; (1) pero si el Legado es de usufructo, libertad, ò de otra cosa hecho à su siervo, no se transferirá à éste su dominio hasta que el heredero entre en la herencia. (2)

47 Los que hace à dia cierto, v. gr. *Mando à Pedro cien reales para el dia de la proxima Natividad*, valen, y se pueden entregar incontinenti al Legatario; y aunque éste fallezca antes que llegue el dia prefinido, los habrá su heredero, porque es preciso que llegue; (3) pero de los que hace à tiempo incierto: v. gr. *Mando á Pedro cien reales, para quando cumpla catorce años.* No pasa el dominio al Legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir, y no verificarse, y es lo mismo que si el Testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el Legado. (4).

48 Y de los que hace con condicion, ya sea de presente, v. gr. *Mando à Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué.* O de preterito, v. gr. *Si la hizo*; ò de futuro, v. gr. *Si la hiciere.* Tampoco pasa el dominio al Legatario, por lo que hasta que se verifique la condicion, no llevará el Legado; y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho à pedirlo. (5) Pero si lo hace à dos juntos, v. gr. *Mando à Pedro, y à Juan cien reales, si hicieren tal cosa*, ò hay substituto en él, no lo llevará el heredero del Testador, sino el com-

(1) Leyes 34. 35. y 37. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 35. tit. 9. Partid. 6.
(3) Ley 34. tit. 9. Partid. 6.
(4) Ley 31. tit. 9. Partid. 6.
(5) Ley 21. tit. 9. Partid. 6.

compañero, ò substituto del Legatario, verificandose la condicion despues de la muerte de éste, (1) pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, no constando lo contrario de la voluntad del Testador, aunque esto tiene su limitacion, (2) de lo qual trataré en el cap. 6. num. 96. al 99. lib. 2. de mi segunda parte.

49 Las condiciones unas son *contra derecho*: otras *contra naturaleza*: otras *imposibles de hecho*: otras *dudosas*: otras *casuales*: otras *potestativas*: otras *mixtas*: otras *causales*: otras *modales*: otras *necesarias*, y otras *tácitas*. Contra derecho, v. gr. *Mando à Juan mil reales, si no diere de comer à su padre.* Contra naturaleza, v. gr. *Mando à Pedro tanta cantidad, si llegáre al Cielo con la mano.* Estas dos condiciones no valen, y se tienen por no escritas, ni puestas en el Testamento. Lo mismo sucede con las que son contra buenas costumbres, obras pías, y honestidad de aquel à quien se ponen, pues se reputan por imposibles, por cuya razon no deben cumplirse, ni se invalída el Legado, ò institucion que con ellas se hace. (3)

50 Las imposibles de hecho son: v. gr. *Establezco à Pedro por mi heredero, si diere à Antonio un monte de oro.* Este establecimiento no vale; pero el Señor Gregorio Lopez en la *Glosa de las leyes* 3. *y* 4. *tit.* 4. *Partid.* 6. que tratan de estas condiciones, y de las que son contra derecho, buenas costumbres, ù obras pias, y parecen contrarias, explica si el monte de oro se entiende artificial, ò natural.

51 Las dudosas (que por otro nombre llaman *Perplexas*) son v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero.* Esta institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar à ser heredero antes que el otro, y asi no llevarán la herencia. (4) Las casuales, ò contingentes dependen regularmente de la omnipotencia: llamanse casuales, porque pueden suceder, ò no, v. gr. *Insti-*

(1) Ley 34. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley Licet Imperator noster 74. ff. de Legat. 1. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n 36. y 37.
(3) Ley 3 tit. 4. Partid. 6.
(4) Ley 5. tit. 4 Partid. 6.

tituyo à Juan por mi heredero, si mañana lloviere, ò hiciere Sol, y dia claro sin nublarse. Si la condicion se verifica, percibirá la herencia; pero hasta entonces ningun derecho tiene à ella: y lo mismo sucede en los Legados. (1)

52 Las potestativas son las que dependen de la voluntad humana: v. gr. *Instituyo à Juan por mi heredero, si Diego subiere à la torre.* Si la condicion se cumple, llevará la herencia, ò legado, y no de otra suerte. Las mixtas de casuales, y potestativas son aquellas, cuyo evento depende del hombre, y de la casualidad: v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero, si bolviere de las Indias.* Depende del hombre, porque quiera, ò no bolver; y de la casualidad, porque puede, ò no haber navio para venir, y aunque lo haya, naufragar; y asi para que el heredero, ò Legatario perciban la herencia, ò legado, es preciso que se verifique la condicion. (2)

53 Las causales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman asi, porque se expresa la causa, ò motivo que impele à hacer el legado, ò institucion de heredero, que en latin equivale à *quia*, v. gr. *Mando à Pedro cien reales, porque me hizo tal cosa que le encargué.* En cuyo caso aunque la causa sea falsa, vale el legado, debe haberlo el Legatario, (3) y el heredero del Testador entregarselo, sin inspeccionar la veracidad, ò falsedad del motivo porque se hizo. (4)

54 Las modales, ò hechas bajo de cierto modo, parecen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el *por qué* de ellas equivale à *para*, y en latin al *ut*, ò *cum*, v. gr. *Mando à Juana cien ducados, porque case con Antonio, ò porque haga tal cosa.* Cuya manda es válida, y debe entregarse al Legatario, dando previamente la caucion, (que los Legistas llaman *Muciana*) de cumplir lo que el Testador le mandó, pues cumpliendolo, gana el señorío de ella; y tambien lo ganará, aunque no lo cum-

(1) Ley 8. tit. 4. Partid. 6.
(2) Ley 9. tit. 4. Partid. 6.
(3) Ley 21. tit. 9. Partid. 6.
(4) Ley 20. tit. 9. Partid. 6.

cumpla, si practíca las conducentes diligencias para ello, y no de otra suerte. (1) En quanto à la diferencia que hay entre la *condicion*, el *modo*, y la *demonstracion*, y quándo se entenderán hechos los legados, ò contratos con modo, ò condicion; vease à *Parlador. different.* 147. que lo explica claramente en los cinco §§. que trae, y dá la regla para conocer quando el legado, ò institucion es modal, ò condicional, y lo que digo en el lib. 2. cap. 6. n. 86. de mi segunda parte adicionada.

55 Las necesarias son las que tienen apariencia de casuales, y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *Mando à Pedro mil reales, ò le instituyo por mi heredero, si se muriere, ò mañana naciere el Sol.* En este caso vale el legado, ò institucion, y puede pedirse aquel, ò la herencia luego que muera el Testador, porque es preciso que Pedro se muera, y que el Sol nazca, y no se ha de esperar su evento. (2)

56 Y las tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v. gr. Un padre tiene dos hijos legitimos, y los instituye por sus herederos mandando que el superstite herede al que primero fallezca; en cuyo caso si el que muere antes, dexa hijos, ò descendientes, le heredarán, y no el hermano, pues se entiende que la voluntad del padre fue que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de éste llegaba à heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase sucesion; y asi aunque el Testamento no contenga expresamente esta condicion, debe cumplirse, porque se entiende tacitamente puesta. Pero si establece à dos estraños por herederos con ella, no heredarán los hijos del muerto, sino los del otro instituido, à quienes se acrecerá la herencia, (3) à menos que lo mande expresamente.

57 Algunas veces suelen los Testadores poner en sus Testamentos muchas condiciones juntas, y otras veces aparta-

(1) Ley 21. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 8. tit. 4. Partid. 6.
(3) Ley 10. tit. 4. Partid 6.

tadas: *Juntas*, v. gr. *Mando à Pedro tal albaja, ò le instituyo por mi heredero, si hiciere tal cosa, diere tanto à pobres, y fuere en romería à tal parte.* En cuyo caso para que pueda percibir la herencia, ò legado, es preciso que todas se cumplan. *Apartadas*, v. gr. *Mando à Pedro tales tierras, si diere tanto à pobres, ò fuere à tal romería.* En este caso basta que cumpla qualquiera de ellas para poder percibir el legado, porque están puestas con modo disyuntivo, y las otras con el copulativo. (1)

58 Otras veces ponen una condicion que comprende à muchas personas, v. gr. *Establezco por mis herederos à Pedro, Diego, y Juan mis siervos, si fueren mios al tiempo de mi muerte.* En este caso aunque al tiempo de la muerte del Testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia, ò legado el que lo sea. (2) Y otras ponen condiciones à uno, ò mas, y à los restantes no, v. gr. *Instituyo por mis herederos à Pedro, y Juan; pero à Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra suerte.* En cuyo caso Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia, por haber sido instituido pura, ò simplemente; y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el Testador le ordenó, à menos que su cumplimiento no dependa de culpa suya, pues basta que practíque las diligencias correspondientes à conseguirlo. (3)

59 Por regla general se previene al Escribano para su instruccion, que los Legatarios, y herederos extraños para que puedan llevar la herencia, ò legado, deben cumplir todas las condiciones posibles, y honestas que el Testador les imponga, ò practicar las diligencias concernientes à su consecucion; y de lo contrario nada llevarán, à menos que habiendo hecho de su parte lo que puedan, se frustre por algun acaecimiento, que entonces no por eso dexarán de percibirla. Lo mismo procede siendo prohibitivas, v. gr. *Mando à Pedro mil reales, si no hiciere tal cosa.*

(1) Ley 13. tit. 4. Partid. 6.
(2) Dicha ley 13.
(3) Leyes 12. y 14. tit. 4. Partid. 6.

sa. Si lo que se prohibe, puede cumplirse, y no es contra derecho, naturaleza, buenas costumbres, obras pias, ù honestidad del Legatario, ò heredero; en este caso para la percepcion del legado ha de dár la caucion expresada en el num. 54. de que no lo hará, y si no quiere darla, no se le debe entregar, ni la herencia. (1)

60 Tambien se le previene que si el Testador hace algun legado, ò institucion contra derecho, ò de tal modo, ò cosa, que no debe: aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero, ò legatario la herencia, ò legado, no valdrá, ni se cumplirá, y no por eso dexará de tener efecto la institucion, ò manda. Lo mismo procederá, si manda hacer de su cuerpo, ò huesos, ò en su sepultura alguna cosa que sea contra ley, ò costumbre de su tierra, ò contra su fama, ù honor de sus parientes, pues no debe ser obedecido tal precepto, sino antes bien tenerse por no escrito, ni puesto en el Testamento. (2) El que quisiere mayor instruccion, vea los titulos 4. *y* 9. *de la Partid* 6. *à Antonio Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 12. y especialmente desde el num. 57. hasta el fin, y à su adicionador *Ayllon.*

61 El Testador puede revocar siempre que quiera, todas, ò parte de las mandas que ha hecho; y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ò manda à otro que cancele la escritura en que las hizo; pero no, si éste lo hace sin su orden; (3) ò, si despues las dá à otro; mas no, si las vende, ò empeña: y asi en este caso llevará el Legatario su estimacion, à menos que el heredero pruebe que la voluntad del Testador fue revocarlas. (4) Tambien se entienden revocadas quando despues de hechas se pierden, ò mueren: en cuyo caso tampoco está obligado el heredero à entregarselas, ni su va-

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Partid. 6.

(2) Leyes 32. tit. 9. Partid. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1.

(3) Ley 39. tit. 9. Partid. 6.

(4) Leyes 17. y 40. tit. 9. Partid. 6.

valor, excepto que haya tenido culpa de su pérdida, ò muerte. (1) Lo propio milita, si lega lana, madera, ò cosa semejante, y despues hace de la lana paño, y de la madera casa, ò nave, (2) porque muda su forma, y dexa de ser la cosa legada.

62 Aunque el Testamento se rompa por pretericion, ò exheredacion, valen las mandas, y libertades de esclavos que contenga. (3) Lo mismo procede quando el heredero no quiere aceptar la herencia, ò por qualquiera causa no entra en ella; pero debe constar de la solemnidad prescripta por derecho. (4) Se previene que las Religiones de la Santísima Trinidad, y Merced no pueden llevar mandas inciertas, ni quintos de los que mueren abintestato. (5) En quanto à si el Testamento solemne será, ò no executivo por la deuda, legado, ò fideicomiso, y que es necesario para que lo sea, vease lo que explicaré en el cap. 2. n. 33. lib. 3. de mi segunda parte adicionada.

§. IV.

QUARTA FALCIDIA.

63 CON motivo de permitir à los Testadores una ley de las doce tablas que distribuyesen sus bienes en legados; no quedar à los herederos que instituyan, cosa alguna que heredar, ò quedarles muy poco, y por esta razon no querer aceptar sus herencias; se promulgó la ley *Furia*, que prohibió dexar à cada Legatario mas que mil aureos, y despues se creó la ley *Voconia*, que tambien prohibiò dexar à otro mas que al heredero. Pero co-

(1) Ley 41. tit. 9. Partid. 6.
(2) Ley 42. tit. 9. Partid. 6.
(3) Ley 7. tit. 8. Partid. 6.
(4) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.
(5) Leyes 2. y 3. tit. 9. lib. 1. Recop.

como ninguna de estas fuese suficiente à hacer admitir las herencias, se estableció la ley *Falcidia* (llamada asi de *Cayo Falcidio* Tribuno del Pueblo Romano en tiempo del Emperador Octavio, que la inventó) por la qual se ordenó que estando tan gravada la herencia con legados, que nada quedase al heredero que percibir, ò le quedase menos que la quarta parte de ella, pudiese sacar, y retener para sí esta quarta parte de cada legado, ò fideicomiso. (1) Y aunque la ley Falcidia, y el Senado consulto Trebelliano (de que en el §. 13. trataré) tienen tal relacion, y similitud entre sí, que muchas veces se entiende uno por otro: (2) se diferencian no obstante, en que la Falcidia pertenece à los legados, y fideicomisos singulares, ò particulares, y de ellos se detrae: pero el Senado consulto tiene su tendencia à los universales, v. gr. à toda, ò parte de la herencia, y no à cosa determinada de ella. (3) Tambien se diferencian en que en la Falcidia no se imputa lo que se recibe por otro derecho que por el hereditario; pero en la Trebellianica sí. (4) Presupuesto lo referido, para que el Escribano sepa cómo, y de qué cosas se debe, ò no deducir, digo que si el Testador instituye heredero estraño, y dexa tantas donaciones, ò mandas, que nada le queda que heredar, ò le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar, y retener para sí el heredero la quarta parte de la herencia, que dicha ley *Falcidia* le concede: de suerte que de cada manda ha de detraer la quarta, la qual le compete por solo haber sido nombrado heredero, y puesto su nombre en el Testamento; (5) pero para deducirla, ha de considerar el valor de los bienes del Tes-

(1) Instit. de lege Falcidia, el tit. Cod. ad leg. Falcidiam. cap. Quædam 6. distinct. 2 Ferraris Biblioth. verb. Falcid. n. 1. al 3.

(2) Bart. in leg. 3. ff. ad Legem Falcid.

(3) Leyes 1. y 8. tit. 11. Partid. 6. Spino in specul. Testament. glos. 27. n. 9. Jason in rubr. ff. ad Trebellian. & ibi Accurs Sr. Molina de Primog. lib. 1. cap. 17. n. 1. Ferrar. ibi. n 33.

(4) Ley In quartam ff. ad Leg. Falcid. & ibi Rip. n. 3. 6. 24. y 86.

(5) Ley 1. tit. 11. Partid. 6.

Testador al tiempo de su muerte, porque el aumento, ò deterioro que despues haya, es de su cuenta, y no de los Legatarios. (1) Mas si el Testador tiene herederos forzosos, no hay quarta, porque estos deben llevar su legitima íntegra sin condicion, ni gravamen, (2) y solo tendrán cabimiento los legados en el tercio, ò quinto, segun sea el Testador.

64 La deducion de la quarta Falcidia, que hoy se usa poco en estos Reynos de Castilla por el modo con que se estienden las clausulas de herederos, debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar todo lo que el Testador esté debiendo, aunque sea al mismo heredero, à menos que lo prohiba expresamente, que en tal caso no se separará el débito de éste: despues las expensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte, y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir; bien entendido, que si lega alguna cantidad à persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la quarta parte; pero si manda que el dinero se entregue à alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo, puede deducirla del sobrante. (3)

65 No puede deducirla segun nuestro derecho, de las legadas à Iglesias, Hospitales, ù otro lugar religioso, ò à pobres, ò para redimir Cautivos, ò para otra obra pía: ni de lo que lega à alguno el Testador que es soldado, ò Caballero, y está en campaña, aunque nada le quede que heredar; pero no estando en campaña, no goza de este privilegio: (4) ni de lo que entrega por mandato del Testador al que tiene prohibicion legal de ser heredero, bien que no está obligado à cumplir su precepto: (5) ni de lo que dexa vincula-

(1) Leyes 1. y 3. tit. 11. Partid. 6. Gom. lib. 1. Variar. capitul. 12. num. 26.

(2) Leyes 17. tit. 1. y 4. tit. 11. Partid. 6. Auth. Novissima, Cod. de Inofficios. testam.

(3) Ley 2. tit. 11. Partid. 6.

(4) Ley 4. tit. 11. Partid. 6.

(5) Ley 5. tit. 11. Partid. 6.

lada: ni de la dote que el marido lega à otro para que la entregue, y restituya à su muger, como lo dice la ley 57. ff. *ad legem Falcid.* ibi: *Cum dotem maritus alicui legaverit, ut uxori restituatur: non habere legem Falcidiam locum dicendum est: &, sane in plerisque ita observatur, ut omissa interpossiti capientis persona spectetur.* Y lo mismo procede quando otro qualquiera manda à alguna muger de lo suyo por razon de dote; que es lo mismo que si dixera que la entreguen la dote que él tiene en su poder custodiada, pues no es hacienda de el legante, sino de ella: ni si cancela maliciosamente el Testamento, ò mandas, para que no valgan, ò hurta alguna cosa de las legadas, ò maliciosamente la niega, diciendo que es suya, y no del Testador: ni tampoco quando éste le prohibe expresamente su detraccion, pues no basta la prohibicion tàcita. (1) Mas si no se la prohibe expresamente, y la institucion se ordena segun se estila, en estos terminos::: *Y despues de cumplido, y pagado toda lo contenido en este Testamento, en el remanente de mis bienes muebles, raices, derechos, y acciones nombro por mi heredero à Pedro, &c.* se pregunta si podrá deducirla? Y parece que no, y que antes bien debe contentarse con lo que quede, y estimarse, y los Legatarios por herederos particulares, y si nada queda, tener paciencia. Pero en mi cencepto lo contrario es lo veridico no constando claramente ser aquella la voluntad del Testador; lo primero, porque la ley se la concede por solo haber sido nombrado, y no debe ser de peor condicion que los Legatarios, sino de mejor: lo segundo, porque dicha clausula se estiende asi por estilo, y no por precepto de los Testadores: y lo tercero, porque respecto de dár la ley à estos potestad de prohibirle que la deduzca, y no hacerlo expresamente, es visto conformarse con ella, y querer que la detrayga, pues en caso de duda se debe ampliar lo propicio, y restringir lo adverso; y por evitar las que pueden ocurrir, ordena-

rá

(1) Ley 6. tit. 11. Partid. 6. y en ella el Señor Gregor. Lopez, Sr. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 17. num. 12. y sig.

rá el Escribano la institucion de herederos estraños en la forma siguiente. ::: *Nombro por heredero de mis bienes muebles, raices, derechos, y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte, à Pedro, &c.* sin el adictamento de la anterior, y no se fomentarán pleytos sobre si se ha de sacar, ò no la quarta Falcidia, pues siendo legitimos, aunque lo contenga, nada importa, porque no se excederá de lo que las leyes permiten, y se entenderá por no puesto; acerca de lo qual vease al Señor *Gregorio Lopez* en la ley 6. *tit.* 11. *Partid.* 6. *glos.* 3. *per tot.*

66 De todo lo demás puede el heredero sacar la quarta, si la cosa legada tiene commoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deducion; previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada à otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la quarta ha de ser respectivamente de cada legado: (1) y asimismo que si paga enteramente algunas mandas, creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demás, à menos que despues de haber empezado à pagarlas, aparezca alguna deuda grande, de que hasta entonces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no estén entregadas. (2)

67 Para poder sacarla, debe hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes del Testador, pues si no lo hace, no podrá, (3) y à demás estará obligado à pagar enteramente las mandas, y deudas que dexó; (4) y si lo hace, y satisface aquellas antes que éstas, deben los acreedores reconvenir primero à los Legatarios, y por lo que falte, al heredero. (5) El que quisie-

(1) Ley 2. tit. 11. Partid. 6.

(2) Ley 6. tit. 11. Partid. 6. Señor Olea, de Ces. jur. tit. 4. quæst. 5.

(3) Ley 7. tit. 11. Partid. 6.

(4) Ley 10. tit. 6. Partid. 6.

(5) Ley 7. tit. 6. Partid. 6. Señor Gregorio Lopez en ella, verb. Quarta parte glos. 10. y 11.

siere conservar en la memoria los once casos en que no debe deducirse la quarta Falcidia, lea los siguientes versos de Acurcio, que explica *Carval. part. 2. num. 3. y sig.*

1. *Falcidiam cessáre facit pars debita natis.*
2. *Dos*, 3. *Miles*, 4. *vetitum*, 5. *libertas*,
6. *sponte solutum*, 7. *res vetita vendi*, 8. *pietas*,
9. *ac chartula*, 10. *crimen*,
11. *ac hæres si non facit inventarium.*

---

§. V.

MEJORAS.

68 MEjorar (segun mi proposito) es: *mandar el Testador à alguno de sus herederos mas bienes, ò herencia que à los demás instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda repartirla, y mejorar en lo que quisiere à alguno, ò algunos de sus herederos, gravarlos, y condicionarlos à su arbitrio, testando entre estraños, como mas latamente explicaré en el §. XIV. Pero si testa entre descendientes legitimos, solo se le permite hacerlo en estos terminos: el padre, madre, abuelos, y demás ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida, y muerte à alguno, ò algunos de sus hijos, nietos, y descendientes legitimos en perjuicio de los restantes (aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos,) en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ù otra ultima disposicion, ò por contrato entre vivos, vincularlos: imponerles para siempre, ò por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravamen de restitucion, incompatibilidad, y fideicomiso; (y no otro, porque el tercio es legitima, la que no puede ser gravada, ni con-

condicionada en propiedad ni usufruto en cosa ni cantidad alguna) y hacer en el tercio, y quinto, ò en qualquiera de ellos los vinculos, sumisiones, y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ò posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que à ninguna habil, y capáz de suceder en él, ya sea varon, ò hembra, excluyan, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion; y asimismo con tal que el gravamen, y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legitimos descendientes; à falta de ellos, entre los ilegitimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiendolos, entre su ascendientes; en su defecto, entre sus parientes; y despues de extinguidos todos, entre estraños; pues de otra suerte no valdrá el gravamen, y condicion que impongan en él, (1) y se reducirá al orden expuesto. Advirtiendo que la mejora del tercio entre descendientes legitimos se entiende no solo en quanto à la propiedad de los bienes que lo componen, sino à su usufruto; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente: quando no distinguen, no debemos distinguir: y por este silencio es visto querer se transfieran en el mejorado la propiedad, y usufruto, que es el dominio pleno de ellos, y no una cosa solamente. Y lo segundo, porque el tercio entre ellos es legitima, la qual en su perjuicio no puede ser gravada à favor de el que no sea tambien descendiente, como dexo expuesto; por lo que si el ascendiente mejora à uno, ò mas descendientes suyos en el tercio, y quinto de sus bienes, dexando à otro ascendiente, ò à estraño el usufruto de ambos por su vida, ò por cierto tiempo, será ineficaz en el todo el legado de usufruto del tercio, y valdrá el del quinto unicamente, porque en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil. Lo que tendrá presente el Escribano, pues algunos creen con error lo contrario. Pe-

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Señor Roxas Almansa de incompatibilit. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.

69 Pero en el quinto tienen facultad de poner à su arbitrio ya sea entre ascendientes, descendientes, parientes, ò estraños, no solo el gravamen de restitucion, incompatibilidad, y fideicomiso expresados, sino otro qualquiera posible, y honesto, y dexarlo en propiedad, y usufruto, ò en una de estas cosas solamente à quien quisieren; y la razon es, porque el quinto es hacienda propia, y privativa suya, à la qual ninguno tiene adquirido el mas leve derecho, y por lo mismo pueden hacer de ella lo que les parezca; lo que no sucede con el tercio, porque éste, y los demás bienes del Testador excepto el quinto, son legitima de sus descendientes legitimos, que se les debe por derecho natural, y positivo, y no puede ser gravada en otros terminos.

70 Tambien pueden consignar, ò señalar por sí mismos en una, ò mas fincas, ò en dinero, ù otras especies la mejora del tercio, y quinto, ò de qualquiera de ellos; mas no cometer à otro su consignacion, ò señalamiento; (1) y la razon es, porque esta facultad, y declaracion de animo es cierto derecho personalisimo coherente à la persona del ascendiente mejorante, por lo que no se puede ceder, ni cometer à un tercero. (2) Pero la prohibicion de cometer la consignacion, y hacerla, se entiende quando la comision fue general para testar, en cuyo caso no podrá hacerla el Comisario; lo que no sucederá si fue especial para mejorar à cierto descendiente, ò descendientes en quota, ò cantidad determinada, y consignarla, segun dicen los Autores; (3) bien que la ley 19. de Toro habla indistinta, y absolutamente. Y porque muchas veces las alhajas consignadas exceden, ò no alcanzan para el pago de la mejora, y por la discordia de los Autores se duda lo que en estos casos se debe prac-

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. Recop.

(2) Ley Centessimis 46. §. fin. ff. de Verb. obligation. ley 4. ff. Locati. ley Post mortem, § fin. ff de Adoption. ley 90. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Inter artifices, ff. de Solutionib.

(3) Tello, Castillo, y Gom. en la ley 19. de Toro. Angul. de meliorat. en la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 7. Matienz. en ella, glos. fin.

practicar entre descendientes legitimos; para que el Escribano se instruya, digo que se debe distinguir: Si la mejora fue del tercio, y quinto de los bienes del mejorante, ò de alguno de ellos, y los consignados no alcanzan para su total pago, atendidos los que se encuentra pertenecerle al tiempo de su muerte, v. gr. diciendo: *Mejoro à mi hijo Pedro en el tercio, y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago de esta mejora le consigno tales fincas*; nombrandolas: se debe suplir lo que falte, de los demás de su herencia, porque en este caso la substancia de la mejora consiste en el tercio, y quinto de todos los que dexa, y no en las cosas que por razon de demonstracion señala, y destina para pagarla, ò executar lo que ordena, las que no alteran, aumentan, ni disminuyen su virtud, ni la del legado, ni fideicomiso, y solo sirve su consignacion, ò señalamiento para que ya quieran, ò no los no mejorados, no dexen de entregarlas al que lo es, en cuenta, y parte de pago de la quota para que se señalaron. (1) Lo qual se entiende, ya el mejorante use de la palabra universal *Todos*, ò la omita, y hable solamente *de sus bienes*, porque la indefinida equivale à la universal. Si las mismas cosas fueron señaladas por tercio, y quinto, v. gr. diciendo: *Mejoro à mi hijo Pedro en tal, y tal finca por razon del tercio, y quinto.* O *le mejoro en tal, y tal cosa* sin mas expresion, no se debe suplir del residuo de sus bienes lo que falte para completar el de todos los del mejorante, porque la substancia del tercio, y quinto, ò del que de estos sea, consiste en las cosas consignadas, y asi es visto que nada mas quiso dexar al mejorado por razon de el de sus bienes, por lo que debe contentarse con ellas. (2) Y si exceden al valor del tercio, ò quinto, ò de ambos, se revocará la me-

(1) Ley Quidam testamento, ff. de Legat. 1. ley Paula Callinico, §. fin. ff. de Legat. 3. Cifuent. en la 17. de Toro.

(2) Ley Si quis servum, §. Si quis ita legaverit, ff. de Legat. 2. y ley Servus legatis, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. Gom. en la 17. de Toro, n. 14.

mejora en el exceso, el que (siendo uno de los herederos el mejorado) se le aplicará en cuenta, y parte de su legitima, y excediendo à ésta, restituirá lo que sobre, à los coherederos, ya sea en dinero en caso que las cosas señaladas no tengan commoda division, ò en parte de ellas, si la tienen; (1) al modo que quando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto, y legitima, como diré en el num. 77. y mejor en mi segunda parte lib. 2. cap. 3. Y si no fuere heredero, v. gr. el nieto, viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante à los que lo sean, porque la legitima de estos no debe ser gravada; lo qual será al contrario entre estraños, pues lo llevará todo, no mandando el Testador que lo restituya, ò no coligiendose de su voluntad. Con cuya distincion se concilian las opiniones de los Autores, y en estos terminos se ha de entender lo que tengo explicado en dicha mi segunda parte, lib. y cap. 2. n. 85; y para dirimir controversias, prevenga el Escribano al Testador que ordene con claridad lo que se ha de practicar.

71 Si los ascendientes no tienen mas que un descendiente legitimo, no pueden imponerle vínculo, ni gravamen en el tercio, à menos que intervenga para ello facultad real, ò que siendo el descendiente mayor de veinte y cinco años, lo consienta, jurando no reclamarlo; y las razones son: la primera por lo que queda expuesto en el numero 69. La segunda porque en qualquiera materia, y disposicion se ha de hacer siempre la prelacion, y eleccion entre muchos. (2) La tercera porque las leyes que dán facultad para mejorar, y gravar el tercio, no hablan de un hijo, ò descendiente solo, sino de muchos, y la locucion plural, ò de muchos requiere à lo menos dos; y

(1) Ley 1. Cod. de Inofficios. donation ley Sancimns, Cod. de Donation. y ley 10. tit. 6. lib. 5. Recop. Angul en dicha ley 3. glos. 4. n. 5. y glos. 6.

(2) Leyes Unum ex familia 64. y Cum pater. 67. §. A filia, ff. de Leg. 2. Auth. Novissima Cod. de Testament. y cap. Raynutius de Testam. Señor Cobarruv. en él.

(1) y por otras que traen los Autores. (2)

72 Porque muchos padres tienen conducta tan irregular, y desordenada, que si entran en su poder los bienes adventicios de sus hijos, se los consumirán, ¿se pregunta si los abuelos maternos de éstos podrán privar à sus yernos del dominio, administracion, y manejo de los de la mejora que les hagan, respecto ser administradores legitimos de todos? Y no hay duda que sí, constando ser disipadores, porque en este caso estàn privados por derecho de su administracion, por no convenir à la República que sus individuos sean pródigos, y especialmente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad; (3) (al modo que las mugeres pueden hacer que se quite à sus maridos, que tienen igual conducta, la de su dote, como diré en el cap. 2. n. 10.) lo qual se entiende, aun quando ofrezcan caucion de administrarlos bien; (4) pero su usufructo les toca, y deben percibirlo; y asi lo practiqué en el Testamento de una Abuela, y se declaró en Juicio, no obstante la oposicion de su yerno, que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho à un nieto hijo de éste, privandole de su percibo, y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiese, y que el yerno percibiese sus frutos mientras su hijo estubiese en su poder, y encargando al Señor Juez la conciencia sobre el cumplimiento de esta voluntad suya.

73 Aunque todos los bienes de los ascendientes son legitima de sus descendientes, excepto el quinto: no obstante, por no ser rigorosa para todos, se llama propiamente *Legitima* la parte de herencia que por igualdad toca à cada hijo: de suerte que ningun descendiente por razon de ella

(1) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley Ubi numerus, ff. de Regul. jur. ley Qui quartum, §. ultim. & ibi Bart. ff. de Legat. 1. y ley Legato, §. Qui plures, ff. de Legat. 2.

(2) Gomez en la ley 17. de Toro, num. 19.

(3) Ley Imperator 50. ff. Ad Trebellian.

(4) Señor Salgad. labir. cred. part. 4 cap. 15. num. 1. y 2. Señor Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 1. cap. 16.

ella debe llevar mas que el que está en igual grado con él; por lo que si concurren à su division un hijo, y dos nietos del Testador, percibirá el hijo la mitad, que es *in capita*, y los nietos representando à su difunto padre, la otra mitad, que es *in stirpem*, la que partirán entre sí con igualdad, y ninguno de estos llevará tanta parte como su tio, porque están en grado mas remoto con el Testador, y asi heredarán por representacion de su padre lo que éste heredaria, si viviera.

74 Y sin embargo de que cada hijo en el instante que nace, y le bautizan, es acreedor legal, y natural à ellos en estos Reynos de Castilla, concurriendo en él las demás calidades que en el §. VII. n. 113. explicaré: no obstante, respecto unos de otros no es legitima necesaria de todos el tercio, sino de alguno, ò algunos à arbitrio de sus ascendientes; (1) y asi se distingue con el nombre de *Mejora*; y por la facultad que estos tienen de mejorar à los que quisieren, solo en la parte en que los mejoren, pueden imponerles gravamen, y condicion, como lo dice la *ley* 11. *tit*. 4. *Partid*. 6; pero ha de ser en la forma prevenida en los num. 68. al 70. y no en otra.

75 Las *leyes* 18. 19. *y* 27. *de Toro* permiten à los ascendientes legitimos que mejoren à sus legitimos descendientes por contrato entre vivos, ò ultima voluntad; de las quales se colige que la madre, y abuela estando casadas, pueden por sí solas mejorarlos inter vivos, y hacer todo lo que en este caso el padre, y abuelo. Pero como la 55. *de Toro*, que corrobora *las* 8. *al fin*, *tit*. 11. *lib*. 1. *y* 13. *tit*. 10. *lib*. 3. *del Fuero Real*, prohibe à la muger casada hacer contratos, y casi contratos con tercero sin licencia de su marido, segun prueba de su contexto::: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningun contrato, ni estár en juicio fa-*

cien-

(1) Gutie. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 9. num. 16. Matienzo en la ley 2. tit. 6. lib. 5 Recop. glos. 2. y glos. 3.

ciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estubiere por sí, ò por su Procurador, mandamos que no vala lo que ficiere; (y el motivo es, no por la imbecilidad, ò fragilidad de la muger, porque si ésta lo fuera, hablaria tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legitimo administrador de los bienes de la suya constante matrimonio: está obligado à su responsabilidad: tiene en ellos dominio aunque revocable, y temporal, y le pertenecen sus frutos para ayuda à superar las cargas matrimoniales: y de permitirla que celebre contratos sin su licencia, puede irrogarsele perjuicio;) dicha ley inserta es posterior à las citadas, y su prohibicion absoluta, pues no distingue de casos, ni contratos, ni tampoco de hijos, ni estraños: se duda si en el de mejora es necesaria para su validacion la licencia marital; sobre lo qual están discordes las opiniones. (1)

76 Yo digo que no puede mejorarlos, ni hacerles donacion inter vivos sin licencia de su marido, ni tampoco donacion causa mortis con entrega de los bienes donados: que la permision de las tres leyes de Toro debe entenderse en caso que intervenga la licencia, y no en otro, y por consiguiente que la mejora, y donacion serán ineficaces entonces, y despues de la muerte de su marido (à menos que las revalide luego,) por defecto de potestad, forma, y solemnidad; por el qual fueron nulas en su principio, porque lo que en este es nulo, no cobra vigor con el tiempo, como lo dicen la *regl'a* 29. *ff. de Reg. jur.* ibi: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, *y la* 18. *in* 6. que dice: *Non firmatur tractu temporis quod de jure ab initio non subsistit*; y esto aun en el caso de que renuncie la ley referida, pues como está establecida en favor

(1) Matienz. en la ley 2. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. n 2. al 12. y en la 2. tit. 6. lib. dich. glos. 1. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. num. 48. y sig. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 1. n. 41. al fin, y cap. 13. n. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 16.

vor del marido, es inutil la renunciacion que de ella haga su muger.

77 Si los padres hacen donacion à alguno de sus descendientes legitimos por contrato entre vivos, ò ultima voluntad, aunque no digan que lo mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio, y remanente del quinto, y se ha de contar lo que en éstos quepa, para que à ningun otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende à mas, se tendrá por legitima, y excediendo á esta, y à la mejora, debe el donatario restituir el exceso à los coherederos, (1) como queda expuesto en el num. 70. Pero si mandan que lo traiga todo à colacion, y particion en cuenta de su legitima, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir el sobrante del importe de ésta à los demás interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle. Acerca de la materia de *Colacion*, y modo de deducir la mejora quando hay un mejorado, ò mas en vida, y muerte, vease el cap. 3. lib. 2. de mi segunda parte, en donde se instruirá perfectamente el Escribano principiante.

78 El mejorado en tercio, y quinto, puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, satisfaciendo primero à prorrata las deudas del mejorante, y por las que entonces no parezcan, queda obligado en igual conformidad, ya sea hecha la mejora en bienes señalados, ò no. (2) Previniendo que para deducirla, se ha de atender al valor que estos tienen al tiempo del fallecimiento del que la hizo, y no al que tenian quando fue hecha; (3) y que no debe sacarse de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las demás donaciones que los descendientes traen à colacion, y particion, (4) porque son bienes de estos, y no de aquel, como en dicho cap. 3. diré.

Quan-

(1) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 5. Recop.

(2) Ley 21. de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

(3) Leyes 19. y 23. de Toro, que son las 3. y 7. tit. 6. lib. 5. Recop.

(4) Ley 25 de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 5. Recop. Gomez en ella.

79 Quando hay mejora de tercio, y quinto entre diversos descendientes, debe deducirse primero éste que aquel por favor del alma del ascendiente: porque lo manda la *ley* 214. *del Estilo*, que está en uso, y no abolida, ni corregida: porque el quinto es la unica hacienda que el ascendiente tiene para disponer à su arbitrio en virtud de la *ley* 28. *de Toro*: y porque si se saca antes el tercio, se graba al ascendiente, y al mejorado, ò Legatario del quinto: no se verifica disponer de el de todos sus bienes, como se lo permite la ley: y importa la tercera parte menos, que sacandose primero que el tercio. Pero quando es un descendiente solo el mejorado en ambos, y bajando de qualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerarios, Misas, y Legados, lo propio es detraerlo antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega à éste, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica; todo lo qual se observa comunmente en la práctica, y está executoriado repetidisimas veces. Mas no obstante, dudan algunos como ha de deducirse el tercio quando el Testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega à otro, ò à un estraño el quinto; porque si se saca primero éste con arreglo à la ley del Estilo, y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo, ni cumplirse la voluntad del Testador, que es arreglada à la ley de Toro que le permite disminuir la legitima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarlo à los otros, y que por lo mismo debe deducirse el quinto, y luego sacar de todo el importe del caudal del Testador el tercio, como si el quinto no se hubiera deducido, por ser esto conforme à derecho. Esta sutileza, ò metafisica se funda en un supuesto falso, y asi es un ente de razon, y sofisteria en mi concepto, porque baxar el quinto, y suponer que no se ha baxado para sacar el tercio íntegro, es una ficcion; y aunque la ley de Toro permite al Testador disminuir la legitima, y mejorar à algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse, no disponiendo del

del quinto, pues si dispone, ha de ser del residuo, que es la legitima, (por no serlo el quinto,) que se le permite disminuir, y lo demás será sacarlo de caudal que ya no hay existente, y con una ficcion aerea perjudicar à los no mejorados, lo que ninguna ley manda, ni de ella se infiere; por lo que, para evitar dudas, y disputas, prevendrá el Escribano al Testador *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes, despues de separado el quinto*, como se practíca, y sino, *que se saque antes que éste*, con cuyo precepto no las habrá.

80 Si el Testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como el quinto es hacienda suya, puede renunciar, ò no usar de la ley del Estilo que está establecida en su beneficio. (1) Y si dexa tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas que lo que podia, v. gr. si es quarta, quinta, sexta, &c. y luego prorratear el resto (baxados previamente los gastos de su funeral, Misas, y legados pios,) entre todos los legatarios, y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad, ò importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados especificos, los quales no deben entrar en el prorrateo, sino darse integros à los legatarios, porque éstos adquieren dominio en ellos: los hacen suyos incontinenti que muere el Testador: y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, segun queda sentado en el num. 31. bien que algunos dicen lo contrario, mas no me adhiero à su dictamen.

81 Las hijas no pueden ser mejoradas por razon de dote, ni casamiento en contrato entre vivos, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente: y asi aunque sus padres las mejoren *ratione matrimonii*, no vale la mejora; (2) ni por

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. Cifuent. en la 25. de Toro cerca del fin.

(2) Ley 1. tit. 2. lib. 5. y Auto 4. num. 24. tit. 12. lib. 7. Recop. Baeza, de Nón meliorand. filiab. cap. 4. y sig.

por consiguiente vale tampoco el pacto, ò promesa que por esta razon haga el padre à su hija, ò yerno *de no mejorar à los demás hijos*, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto privarse el padre de mejorar à los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir, (1) si su padre los mejorára. Pero por Testamento, ù otra ultima voluntad sí, porque no hay legal prohibicion, y lo que por derecho no está prohibido, se entiende permitido. Lo propio parece sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas, ò casarlas no sea la causa impulsiva, y final de la mejora, ò aunque lo sea, no exceda la dote de la renta que prefine la *ley* 5. *tit.* 2. *lib.* 5. *Recopilacion*, y explicaré en el *cap.* 2. *num.* 25: en cuyos casos aunque supere à la legitima que les debe corresponder, atendido el valor de los bienes que sus padres, ò el que las mejoró, dexen, parece no tendrán obligacion de restituir el exceso, y que se les imputará todo en legitima; mas no obstante, vease sobre ello lo que digo en el lib. y cap. 2. de mi segunda parte adicionada, n. 87. y 88. que es lo que se debe seguir como mas cierto en mi concepto. Y sin embargo de que la *ley* 29. *de Toro*, que es *la* 3. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* dice que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si exceden del tercio, quinto, y legitima, y si caben en los bienes que dexa quando muere el que las dió, ù ofreció, ò en los que tenia quando las mandó, segun quisiere elegir la persona à quien fueron prometidas, y mandadas: hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos, y en el que explicaré en dicho libro, y cap. 2. de mi segunda parte, en donde trataré de este punto con mas extension, como en su propio lugar.

82 Los descendientes no mejorados deben pagar à los que lo son, el valor del tercio, y quinto, ò al estraño el de

(1) Aceb. en la ley 6. tit. 6. lib 5. Recop. num. 24. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 59. n. 14.

de éste en los mismos bienes que el Testador señaló, y no en dinero, y no habiendolos señalado, en la parte de hacienda que dexò, à menos que ésta no pueda dividirse cómodamente, que entonces pueden satisfacerselo en dinero. (1) Y se previene que aunque el Testamento se rompa por preterición, ò exheredacion, valen las mejoras de tercio, y quinto, del mismo modo que si no se rompiese; (2) pero para que sean válidas, ha de constar de la legal solemnidad, como en el num. 23. dexo sentado.

83 Si los ascendientes se obligan por contrato entre vivos à no mejorar à descendiente alguno, y luego lo mejoran, no valdrá; y si en la misma forma prometen mejorarlo por razon de casamiento, ò por otra causa onerosa, deben hacerlo, y no haciendolo, se habrá por hecha la mejora. (3) Y se advierte que siendo perfecta, y hecha simplemente por contrato entre vivos, no pueden imponer despues condicion, ni gravamen en ella. (4)

84 Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura inter vivos à alguno de sus legitimos descendientes, y à otro por Testamento, ù otra ultima voluntad, y no dispone del tercio, ¿se pregunta si valdrán estas mejoras, ò solamente una de ellas, respecto à que la *ley* 28. *de Toro* prohibe à los ascendientes mandar mas de un quinto en vida, y muerte? Y en el caso de que ambas valgan, de quál deben deducirse los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados? Y si dexa uno à descendiente, y otro à estraño, ¿quién deberá pagarlos? Y se responde que dexandolos à sus descendientes, valdrán; (5) y la razon es, porque si tiene potestad para mejorar à alguno, ò algunos de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes libres, y éste importa menos

(1) Ley 20. de Toro, que es la 4. tit 6 lib. 5. Recop.

(2) Ley 24. de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 5. Recop.

(3) Ley 22. de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 5. Recop.

(4) Ley Perfecta donatio 4. Cod. de Donat. quæ sub modo, Gom. en la 17. de Toro, n. 22.

(5) Matienzo, en la ley 12. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. y 4. Angulo, de Meliorat. glos. 1. n. 3 4. y 5. Ayora, de Partitionib. part. 2. quæst. 8.

nos que aquel: por consequencia necesaria se infiere que puede hacer la donacion, ò mejora del segundo quinto, pues segun derecho, (1) en la cantidad mayor se incluye la menor, y quien puede lo mas, puede lo menos en identica materia: y como aunque tiene facultad de mejorarlos en el tercio íntegro, no está obligado à hacerlo, si no quiere, se entiende por lo mismo que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dexarles éste íntegro, no quiere sino solamente el quinto, que es menos, y el exceso cumplimiento al tercio à beneficio de las legitimas de todos sus descendientes.

85 En quanto à la satisfaccion de los gastos funerarios, y legados, dice Ayora, *de Partitionib. part. 2. quæst. 9.* que se ha de hacer del quinto legado en el Testamento; y las razones en que se funda, son: en que en la donacion inter vivos irrevocable hecha puramente, no puede el donante imponer despues condicion, ni al donatario gravamen sin su consentimiento: que quando pudo, fue al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido dõnado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual asi como lo donó à su descendiente, pudo haberle, donado el tercio, quarto, ò sexto à su arbitrio: y que si esto no se entendiera asi, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar, y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su Testamento, como mas propio, regular, y adequado, testando en uso de ella del segundo quinto unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes, le concede la *ley 28. de Toro.*

86 Sin embargo de la opinion de Ayora, y de sus fundamentos, digo que los gastos del funeral, Misas, y entierro del Testador deben deducirse del primer quinto, porque como la ley prohibe al donante, ò Testador disponer de mas

que

(1) Ley Stipulatio 1. §. Si stipulanti 10. ff. de Verbor. obligat.

que de uno en vida, y muerte, limitando las dos del Fuero, que le permitian donar uno en vida, y otro en muerte, y consume en vida toda la facultad que tiene, ninguna le queda para donar nuevo quinto como tal; pues con su muerte se hace irrevocable, y por lo mismo el segundo debe estimarse por parte de tercio, el qual no puede ser gravado sino en la forma expuesta en el num. 68; y respecto ser irrevocable la donacion, y estár obligado el Legatario del quinto à enterrar, y hacer al Testador las fúnebres exequias correspondientes à su calidad, caudal, y estilo del pais, y no mas en este caso, serán ineficaces los legados; y de lo contrario se defraudaria, è infrigiria la ley, se daria al Testador mas potestad que la que ésta le concede, y se interpretaria siniestramente su voluntad, la que es visto conformarse en todo (como debe) con la legal disposicion, y sujetarse à ella; y aunque expone Ayora que de lo contrario se gravaba demasiado, no obsta, porque por el mismo hecho de usar en vida de toda la facultad que tiene, se colige que quiere renunciar (como puede) à favor del donatario del quinto todo su derecho. Tampoco obsta el que de esta suerte no se verifica cumplirse su voluntad, porque ésta siendo contra ley, no debe observarse, segun queda sentado en el num. 60. Todo lo qual procede, à menos que en la donacion inter vivos exprese que aquel quinto es parte de tercio: que en tal caso se estimará asi, y podrá disponer por ultima voluntad de otro, del qual se deducirán no solo los gastos funerarios, sino los legados hasta en donde alcance, y no mas, haciendose el correspondiente prorrateo entre todos los legatarios genéricos, y el del quinto, si no hubiese lo suficiente para todos, y al primero como parte de tercio no se tocará. Y si dexa el segundo quinto à estraño, se observará lo propio sin diferencia. Y para evitar dudas, hará el Escribano que en la donacion inter vivos exprese, si aquel quinto es parte de tercio, ò no, y en caso de que quiera que lo sea, se reserve la facultad de disponer de otro, del qual se deduzcan los gastos, y legados referidos. De esta opinion me corrijo en mi segunda parte

lib.

lib. 2. cap. 1. num. 40. y 41. y sigo la primera como mas arreglada.

87 Si mejora unicamente en el tercio à alguno, ò algunos de sus descendientes legitimos, mandando que de él se paguen los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados: no dispone del quinto: y caben todos en éste, deben pagarlos los mejorados; y no teniendo cabimiento, satisfacer solamente hasta en lo que alcance, y no mas: porque el exceso es parte del tercio, y éste legitima de los descendientes, à la qual no se ha de tocar en su detrimento. Y si mejora en el tercio de todos sus bienes à uno de sus descendientes, ò mas: no dispone del quinto: y despues de deducidas las expensas funerarias, Misas, y legados sobra algo de éste, se ha de agregar el sobrante à las quatro partes de la herencia, sacar de ellas el tercio, y luego partir el resto con igualdad entre todos los herederos, porque de lo contrario no se cumple la voluntad del Testador, que quiso mejorar en el tercio íntegro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos, y expensas referidas, al descendiente; y se perjudica à éste; por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia. Lo propio debe practicarse, quando el Legatario muere antes que el Testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de éste, y no pasa à los del Legatario, no constando lo contrario de la disposicion en que se hizo. (1)

88 Y si los bienes de la mejora de tercio, y quinto están entregados en vida al mejorado; parece que de este quinto no se deben detraer los gastos, y legados referidos, sino de el de los demás bienes, porque como el mejorado se hizo dueño de aquellos por la entrega, y donacion inter vivos, no se le podrá desmembrar cosa alguna de ellos, por no ser ya del Testador; pero lo contrario es lo veridico, y asi se deduciràn unicamente de él los gastos funerarios, y Misas: no se sacará nuevo quinto, y los

(1) Ayora, de Partitionib. part. 2. quæst. 5. y 10.

los legatarios se quedarán sin sus legados: porque como habiendo tercio entre descendientes, no puede haber mas que un quinto: el mejorado se hizo dueño de éste por la entrega: y el Testador usó en vida de toda la potestad legal que tenia, nada tuvo que dexarles en muerte. Mas esto no procederá, quando en la donacion impone el gravamen de satisfacerlos; pues entonces debe pagarlos el mejorado hasta en donde alcance el quinto, y no mas. Se previene que si los mejorados son muchos, y el Testador no señala à cada uno la parte, ò quota que ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos la mejora, porque no puede ser mas que una. (1)

89 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha à sus descendientes en contrato entre vivos, ò ultima voluntad, por las causas, porque se permite serlo las donaciones perfectas, de que trataré en el cap. III. num. 24; à menos que siendolo por contrato entre vivos, hayan entregado al mejorado, ò à quien le represente, la posesion de los bienes de ella: ò à presencia de Escribano la escritura: ò que en ésta se haya reservado la facultad de revocarla: ò que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion, ù otra semejante, que en estos quatro casos es irrevocable. (2) Y al modo que siendo hecha simplemente, se amplía, y estiende no solo à los bienes presentes, sino à los futuros del mejorante, si éste no lo limitó, y concurrieron las circunstancias referidas: asi tambien su irrevocacion; pero no al quinto, porque es revocable hasta la muerte; (3) bien que sobre esto hay variedad de opiniones.

90 Si marido, y muger mejoran de conformidad constante matrimonio à alguno de sus descendientes por Testamento, ù otra ultima voluntad, parece que ninguno de los dos, ni ambos juntos podrán revocar la mejora, especial-

(1) Ley 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Ley 1. tit. 6. lib. 5. Recop. Matienz. en ella, glos. 9. 10. y 11.

(3) Gom. en la ley 17. de Toro, num. 10. 11. 12. y 13.

cialmente si le entregaron la posesion de los bienes de ella; pero lo contrario es lo cierto, porque la *ley* 17. *de Toro* dice: *Salvo si fuere hecha la dicha mejora por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa, y cosas en el dicho tercio contenidas à la persona à quien la hiciere*: de que se prueba que la irrevocacion se entiende quando la mejora del tercio es hecha por contrato entre vivos, y no en ultima voluntad, y que quando se hace en ésta debe seguir su naturaleza; sobre lo qual vease à *Antonio Gomez en dicha ley num.* 24.

§. VI.

TESTAMENTARIOS.

91 Testamentario, Albacea, Cabezalero, Mansesor, ò Executor de ultimas voluntades, *es aquel, de quien el Testador hace confianza, ò es instituido por derecho para cumplir lo que en su Testamento, ò en otra ultima disposicion dexa ordenado.* Puede hacerle este encargo estando presente, ò ausente al tiempo que le nombra, (1) ya sea à uno, ò à muchos, à su heredero, ò estraño, Clerigo, ò lego. (2) Su oficio es pio, privado, y no público, y no pasa por su muerte à su heredero, y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del Testador, y aun concediendosela, no en todos casos valdrá, (3) porque se contempla electa su personal industria, y buena conducta; (4) excepto en quanto à las obligaciones, si algunas contrajo el

(1) Prœm. y ley 1. tit. 10. Partid. 6. Carp. lib. y cap. 1. de Executorib. & commissar. Testamentar. num. 36.

(2) Ferrar. Bib. verb. Testamentum, art. 3. num. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2.

(3) Cap. 2. §. Sane, de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1. cap. 19. y 20.

(4) Cap. ult. §. Is autem, de Offic. jud.

el Testamentario con su mal proceder. (1) En quanto à las cosas en que conviene el oficio del Testamentario con el del Juez, vease al Doctor *Francisco Carpio* en el prefacio del tratado selecto que escribió *de Executorib. & commissar. testamentar.* y por lo tocante à quando por incertidumbre se viciará el nombramiento de Testamentarios en el lib. 1. cap. 16. pues hace varias distinciones.

92 No puede ser Albacea (regularmente hablando,) el que tiene prohibicion de testar, por lo que están privados de serlo el loco, el mudo, y sordo total por naturaleza, ò por accidente, el ciego tambien total, el alevoso, herege, y traydor declarados, el siervo, el condenado à muerte civil, ò natural, el judio, el infiel, el Religioso profeso sin licencia expresa de su Prelado, y los de San Francisco aunque la tengan, bien que podrán ser nombrados para dar consejo à los demás Albaceas, pues esto no les está prohibido. (2) Tampoco pueden serlo la muger, porque es oficio varonil, ni el menor; (3) pero la muger lo es por costumbre inconcusa, y generalmente observada, y por derecho Canónico no se la prohibe. (4) Igualmente puede serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho (5) ser Procurador en qualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliendolos no se le excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera como à la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza

(1) Bart. in leg. A filio 15. n. 3. ff. de Alim. & cibar. legat. Anchar. en dicho cap. 2. quæst. 7. Begnudel. Biblioth. verb. Testamentum num. 146.

(2) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. cap. Religiosus Executor. 2. de Testam. in 6. Clem. Religiosis, de Testam. Clement. Exivi, §. Verum etiam: de Verbor. signific. y §. Verum tamen: al fin. Carpio ibi cap. 5. y 14.

(3) Ley 8. tit. 5 lib. 3. del Fuero Real. & ibi glos.

(4) Matienzo en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 8. num. 5. Ferrar. ibi. num. 51. Carpio lib. 1. cap. 6.

(5) Ley 19. al fin. tit. 5. Partid. 3. cap. Qui generaliter 5. §. fin. de Procuratorib. in 6. Matienzo en la ley 14. tit. 4 lib. 5. Recop. glos. 1. num. 6. Ferraris Biblioth. verb. Testamentum art. 3. n. 52. y otros que cita.

za de tales en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la primera de Toro. Sobre lo qual vease à *Carpio* en dicho lib. 1. y cap. 7. y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el Escribano que autoriza el Testamento, porque à mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo, y responsabilidad en cumplir la voluntad del Testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo; y asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos Visitadores de Escribanos poco instruidos lo practícan, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo, (1) y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos.

93 Los Executores de ultimas voluntades son de tres clases, (como los tutores de huerfanos) à saber: *Legitimos*, *Testamentarios*, *y Dativos*: los Legitimos son aquellos, à quienes compete por derecho cumplir la voluntad del Testador. Los Testamentarios son los que éste elige en su Testamento, ò en otra ultima disposicion. Y los Dativos son los que nombra de oficio el Juez, ò Magistrado en caso que el electo en el Testamento, ò el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los Testamentarios, y Dativos se dividen en *universales*, y *particulares*: los universales son los electos para evacuar integramente la voluntad del Testador, y distribuir todos sus bienes à pobres, ò en otras obras pias, ò profanas: y sobre si son, ò no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, vease à *Carpio de Executorib. lib. 3. cap. 9. per tot.* Y los particulares son los que éste nombra para cumplir unicamente lo concerniente à su alma, legados, ù otra cosa particular: todos los quales no deben ser compelidos à la evacuacion de su encargo (regularmente hablando,) à menos que lo acepten expresa, ò tácitamente, ni à su admision, porque ésta es libre, y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, están obli-

gà-

(1) Carpio, dicho lib. 1. cap. 10. per tot.

gados à evacuarlo: (1) ni tampoco pueden commutar lo dexado à causas pias, en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad de el Testador se puede cumplir justa, y commodamente: (2) à menos que intervenga autoridad del Papa, ò del respectivo Supremo Príncipe por causa justa, y necesaria. (3)

94 Por tres causas pueden los Testamentarios demandar judicialmente los bienes del Testador à su heredero, ò al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, quando la manda es para obras pias, ò para remediar, y gobernar huerfanos, ù otras personas. La segunda, quando el Testador lega alguna cosa à otro juntamente con ellos. Y la tercera, quando les confiere poder amplio para pedir judicial, y extrajudicialmente sus bienes, à fin de cumplir lo que dexa dispuesto; (4) bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tubiere. (5) Y se previene que aunque en todos los Testamentos aparece dada la facultad à los Testamentarios *para apoderarse de los bienes del Testador, venderlos en pública almoneda, ò fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad.* No deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo à su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los Testamentos por estilo, y no por precepto de los Testadores, por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los Escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el Testador les encarga especificámente; fuera de que el heredero es el verdadero Testamentario, como dice el Señor *Cobarruvias*, y contra él

(1) §. Mandatum Institut. Mandat. ley In commodato 17. §. Sicut, y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati. Carpio de Executorib. & commissar. testament. lib. 1. cap. 17. num. 2. al 11. Cap. 19. de Testam. Señor Cobarr. en él, n. 3. Ferraris Biblioth. verb. y artic. cit. num. 46. y 62.

(2) Cap. Nos quidem 3. de Test. cap. Ultima volunt. 4. causa 13. quæst. 2. Clement. Quia contingit 2. de Relig. domib. Ferraris ibi. n. 69.

(3) Cap. Conquæstus 16. de Foro comp. Conc. Trid. Sess. 22. c. 6. de Reformat. Begnud. Biblioth. verb Testamentum, num. 145.

(4) Ley 4. tit. 10. Partid. 6.

(5) Dicha ley 4. al fin.

él debe proceder de oficio el Juez Eclesiastico por lo concerniente à lo pio, y el Real à pedimento de los interesados en legados, y otras cosas; y no es justo que un estraño, ò aunque sea pariente, se intrometa con el especioso título de Testamentario en bienes de herederos legitimos, ò forzosos; pues éstos deben percibirlos directamente del Testador, y no por mano, y restitucion de otro. Pero si son estraños, y el Testamento contiene la cláusula siguiente: *Nombro por mis Testamentarios à Pedro, y Juan, y à cada uno in solidum, y les confiero amplio poder, y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia, ni concurrencia de mis herederos, ni de la Justicia recojan las llaves de mi casa: entren, y se apoderen de mis bienes: hagan ante Escribano descripcion, ò inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, à cuyo fin elijan peritos: paguen lo que estoy debiendo, y con motivo de mi fallecimiento se adeudáre en mi entierro, Misas, y demás cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda, ò fuera de ella los suficientes: pidan judicial, ò extrajudicialmente, y dén, tomen, y ajusten cuentas, nombrando contadores, y personas prácticas, y tercero en discordia, ò pidiendo se nombre de oficio en rebeldía: aprobandolas, si están arregladas, y en su defecto exponiendo, y aclarando los agravios que incluian; transijan, y comprometan todos los creditos, y deudas que tengo à mi favor, y contra mí, y los pleytos que actualmente están pendientes, y en adelante se susciten: cobren judicial, y extrajudicialmente lo que por qualquier motivo se me está debiendo, y debiere, y formalicen los competentes resguardos à favor de los pagadores, y Lastos à los que pagaren por otros como sus fiadores, ò mancomunados: entreguen à los legatarios sus legados: dividan, y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo à la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos, y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y practiquen finalmente en todas, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes quanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta la finalizacion*

de

de mi Testamentaría, consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia, y experiencia, y exetutando lo que unánimes resuelvan por escrito, à fin de justificar su conciencia, y conducta con sus pareceres; pues para todo lo referido, y lo incidente, y para substituir este poder, ò en su virtud darlo à otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y à cada uno insolidum en amplia forma, con libre, franca, y general administracion: los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho, y lugar: les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion: y prohibo à todo Juez Eclesiastico, y Secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida à mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dexo concedidas, y si lo intentáre, mando se quexen de él al Superior para que le inhiba enteramente: y asimismo mando que si alguno de mis herederos, ò legatarios reclamàre, ò se opusiere total, ò parcialmente à lo que executen, (ò el que primero tome conocimiento en mis bienes,) ò se mezcláre sin su beneplacito en ello, ò intentáre judicial, ò extrajudicialmente interpretar, limitar, ò tergiversar las facultades que les dexo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyó, y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demás de su clase, y que mis Testamentarios, ò el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar à mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos estén obligados à darle el resguardo correspondiente à su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos, y division, ni pretender otra cosa, que tomar la parte que mis Testamentarios digan les toca, porque todo lo fio à su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues asi es mi deliberada voluntad, la que encargo al Señor Juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleytos, gastos, y desazones à mis Testamentarios, y herederos; y que estos paguen las impensas que causaren à aquellos, y ade-

más

más queden privados de la herencia. Podrán hacerlo todo como Testamentarios universales, no perjudicandolos en la quarta Falcidia, à menos que el Testador prohiba su detraccion, y mande que se contenten con el sobrante, aunque les toque menos que à los legatarios, y que en este caso unos, y otros se estimen por sus herederos particulares, porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de éstos herederos tiene derecho à ellos, puede gravarselos, è imponerles todas las posibles, y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia, segun se dirá en el §. XIV. Pero aunque el Testador confiera à los Testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta, ò almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. Partid. 3. al fin, para evitar todo fraude, y sospecha contra ellos.

95 Están obligados los Testamentarios universales, y no los particulares à hacer inventario, ò descripcion formal ante Escribano, y testigos de los bienes del Testador, y dár cuenta de lo recibido, y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares; (1) sobre lo qual he visto varias executorias del Consejo, y por eso lo puse en la inserta cláusula. Y al cumplimiento de lo pio que dispuso, puede el Obispo de su Diocesi compelerlos, siendo negligentes, sin embargo de que se lo prohiba, (2) porque la persona privada no tiene facultad para inmutar, ni impedir lo que es de derecho público, civil, ò Eclesiastico; (3) y si se resisten, cumplirlo por sí, ò elegir otros; y lo mismo procede quando el Testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues éste lo es, y qualquiera del

(1) Auth. Licet Cod. de Episcop. & Cler. Su glos. Nov. 131. Clement. Religiosis, de Testament. Reinfest. lib. 3. tit. 26. §. 23. numer. fin. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 60. Carpio de Executorib. lib. 3. cap. 10. y otros que cita.

(2) Ley 7. tit. 10. Partid. 6. Cap. Nos quiddam 3. Si hæres 6. y Tua nobis 17. de Testam. su glos. versic. Interdici.

(3) Leyes 32. tit. 9. Partid. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1.

del Pueblo tiene accion para darle cuenta. (1).

96 Tienen de término para cumplir su encargo el que les prefine el Testador, ya sea mayor, ò menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si se imposibilitan de concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden, ò no quieren intervenir en su evacuacion, vale lo que uno, ù dos executen; (2) y para precaver este inconveniente, se conferirá à cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la qual el que primero empiece à usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar à los demás, ni éstos que mezclarse en cosa alguna.

97 Si el Testador lega alguna cosa, ò cantidad para todos los Testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer alguno de ellos, ò no aceptar su encargo, se acrece à los otros en la misma forma; (3) y si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige Albaceas, ha de percibirlas el Obispo, è invertirlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (4) debe entregarselas por inventario el Juez secular, y el Obispo dar cuenta à éste (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el Obispo no dá tal cuenta, y antes bien si el heredero no cumple, elige Albaceas, ò le compele al cumplimiento.

98 Los Testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido, ò malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el Testador les legó, ex-

(1) Ley 7. tit. 10. Partid. 6. Sr. Covar. de Testam. n. 8. Mantica de Conject. lib. 3. tit. 1.
(2) Ley 6. tit. 10. Partid. 6.
(3) Ley Unic. Cod. de Caduc. tollend. §. Ubi autem legatarius 11.
(4) Ley 5. tit. 10. Partid. 6. Señor Greg. Lopez en ella, glos. 5. y 6. Gutier. de Tutel. part. 8. c. 45. num. 20.

excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena; (1) y no solo inciden en ella los Testamentarios, sino el que tiene en su poder el Testamento cerrado, y no lo manifiesta à la Justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil mrs. à la Real Cámara; (2) y si compran algo de los bienes del difunto, à mas de ser nula la venta, incurren en la pena del quatro tanto, aplicado al Fisco; y lo mismo sucede à los Tutores. (3)

99 En quanto à si se deberá, ò no dar salario à los Testamentarios por su trabajo, están discordes los Autores: unos afirman que sí. Otros dicen que al nudo, ò mero executor que ha de expedir brevemente su comision, no se debe; pero que si ésta tiene tracto sucesivo con cargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente; y esta opinion es la segura, lo primero, porque entre el Testador, y el Executor de su ultima voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa, ò hecho, sino en el consentimiento, y buena fe, por lo que se puede celebrar entre presentes, y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego*, *quiero*, ò *mando*, del mismo Testador. (4) Lo segundo, porque el oficio de Testamentario es privado, y no público, por cuya razon no puede ser compelido à su aceptacion el mandatario; bien que aunque esta es libre, y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado à cumplir el mandato, (5) pues lo que al principio es gracioso, se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato como que trae su origen de oficio, confianza, y amistad, ò piedad, es gra-

(1) Ley 8. tit. 10. Partid. 6. Aut. Hoc amplius, Cod. de Fideicomis. Matienzo, en la ley 7. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 5. n. 6.

(2) Ley 14. tit. 4. lib. 5. Recop.

(3) Ley 23. tit. 11. lib. 5. Recopilac.

(4) Ley 1. ff. Mandati, y ley 24. tit 12. Partid. 5. & ibi. glos. 1. à la 4.

(5) Ley In commodato 17. §. Sicut: y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati, y §. Mandatum, Institut. mandat.

gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion; (1) por lo que siendo gratuito, y aceptandolo el Comisario, ò executor, es visto por su aceptacion que se obliga à evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea, ò no oficial que viva de su trabajo, y la execucion de su encargo tenga, ò no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsequente con el mismo animo gratuito por pura amistad, ò piedad. Lo qual se limita, y entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el Testador, y el Executor, ò Comisario; ò que éste acostumbre locar su trabajo, y por congeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el Testador le encargaria la evacuacion de su voluntad; pues en estos casos por tácita convencion deducida entre los dos le señalará el Juez à su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la quantidad, y qualidad del negocio, y la ocupacion, ò trabajo, y no se graduará de mandato, sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante à la evacuacion de su comision, se le debe pagar. Acerca de lo qual vease à *Carpio de Executorib. & commissar. testamentar. lib. 3. cap. 11. per tot.* que con presencia de quanto escribieron *Baeza*, *Parladorio*, *Espino*, *Acebedo*, *Escobar*, y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar. Y se advierte lo primero que aunque el Testamento se rompa por preterición, ò exheredacion; ò el Testador no haya instituido heredero; ò este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de Testamentarios, y todo lo demás que el Testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos. (2) Y lo segundo, que su oficio espira con su muerte; con la re-

(1) Dicha ley 1. §. 2. ff. Mandati, y §. fin. Institut. eod tit. Carpio de Executorib. lib. 1. cap. 25. n. 39. y 40.

(2) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

revocacion del Testador; por enemistad superveniente entre los dos; por impedimento, locura, ò fatuidad del mismo Testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el transcurso del tiempo, ò término asignado para evacuar su comision; por complemento, y execucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido (1) El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea à *Carpio* en su célebre obra *de Executorib. & commissar. testamentar.* que en los 66. capitulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó *pro dignitate* mejor que ningun otro, como que la trató de intento.

§. VII.

HEREDEROS.

100 ENtre las cosas que como basa, y piedra angular debia contener por derecho antiquisimo el Testamento, era una la institucion de heredero, la qual como su cabeza, y raiz debia preceder à los legados, y à todo lo demás de su contexto, pues no precediendolos, ò faltando la aceptacion de la herencia, se irritaba, y anulaba. (2) Se estableció despues que constase precisamente de ella para su validacion, mas no que se pusiese por cabeza; por lo que conteniendola, ya fuese al principio, medio, ò fin, no se anulaba. (3) Y actualmente por derecho Real posterior de estos Reynos de Castilla, que está en viril observancia, aunque el Testamento carezca del nombramien-

(1) Carpio lib. 4. cap. 1. y otros que cita.

(2) Ley 1. ff. de Hæredib. instituend. ley Si nemo 9. ff. de Testamentar. tutel. y §. Ante hæredis, Institut. de legat.

(3) Ley Præposteri 24. y ley Ambiguitates 25. Cod. de Testament. y Prœmio del tit. 3. Part. 6.

miento de heredero, si consta de la solemnidad legal que explicaré en el §. 19. valdrán las mandas, mejoras, y todo lo demás que contenga, siendo conformes à derecho, y se estimará como Codicilo, ò ultima voluntad; (1) segun en los numeros 23. y 82. queda sentado; y la razon es, para que la voluntad arreglada del Testador, (à la que protegen todas las leyes) se observe, y cumpla; (2) pues seria iniquo que porque careciese el Testamento de la institucion, ò el heredero no aceptase la herencia, dexasen de entregarse contra la voluntad del difunto à los legatarios sus legados, y de practicarse todo lo demás que habia ordenado. Pero el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo sin institucion, ò nombramiento de heredero, como algunos ignorantes piensan, pues à más de que ninguna ley se la impone, ni se lo prohibe, si el Testador no quiere nombrarlo porque le hereden sus parientes ab intestato, ò por otros motivos, ¿cómo podrán el Escribano ni otro precisarle à ello? No sé en qué se afianzan los que lo afirman; y asi cumple en el fuero interno con prevenirselo, para evitar à sus herederos el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, à fin de que se les declare por tales; y si no quisiere, no dexe por eso de autorizar el Testamento sin el nombramiento, pues valdrá como Codicilo, y ultima voluntad, la que siendo arreglada, se observará en todo lo que contenga, y de su inspeccion no es mas que hacer lo que el Testador ordena, no prohibiendoselo el derecho.

101 Se llama, y es heredero el que despues de la muerte *ex testamento*, ò *ab intestato* de alguno ha de succeder en sus bienes, y apoderarse, y disponer de ellos à su arbitrio como dueño propietario; (3) (pues esta voz *he-* ... *re-*

(1) Ley 1. tit. 4. lid. 5. Recop. Matienzo en ella, glos. 4. num. 17. y sig.

(2) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. ley In conditionibus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Authent. de nupt. §. Disponat, collat. 4. y Authent. de hæredib. & Falcidia, §. Si vero expresim: Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 10. n. 1. y 2.

(3) Leyes 1. tit. 3. Partid. 6.

redero se deriba segun unos, de la latina *Herus*, que significa el Amo, ò Señor; y asi los antiguos llamaban herederos à los Señores; (1) ò segun otros, de el verbo *hæreo*, que significa estar junto, ò pegado à otro, porque el heredero está proximo al que hereda, (2) como su pariente, ò muy amigo) pero hasta que acepta la herencia, ò entra en ella, ò hace actos de heredero en la forma que explicaré en el capítulo XIV. num. 4. y 5. no lo es, ni debe llamarse asi, aunque por tal esté instituido. Pueden serlo el Emperador, Rey, Reyna, la Cámara de cada uno de estos, la Ciudad, Villa, Lugar, Comunidad, Concejo, el que es capáz, loco, mudo, sordo, ciego, Clerigo, Monge, Lego, y todo hombre, ò muger, ya sea libre, ò siervo, que por derecho no está privado de heredar; (3) y de los que lo están, trataré en el §. XV. de este capítulo.

102 Debe el Testador hacer la institucion de heredero en Testamento, y no en Codicilo, (4) pues si la hace en éste, valdrá no directamente, sino como fideicomiso: quiero decir, que se declarará por ultima voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero ab intestato, el qual no siendo forzoso, deberá restituirla al instituido en el Codicilo, reservando para sí la quarta *trebelianica*; y siendolo, el quinto, ò tercio (segun sea el Testador,) que es de lo que se le permite disponer en su perjuicio. Y se previene que si lo instituye simplemente en el Testamento, no debe imponerle despues condicion, ni darle substituto en el Codicilo, ni en otra cosa: (5) y que aunque lo haga, no valdrá, excepto en la forma que expresaré en el n. 104; pero el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo, porque no la hay impuesta, ni le está prohibido.

103 Debe asimismo nombrarlo por su nombre, ò apellido, ò con señales verbales tan claras, que no se dude quien

Hæres 27. ff. de Adquirend. hæred. y Hæredem. 59. ff. de Reg. jur.

(1) §. fin. Instit. de Hæred. qualitat. Ferrar. Biblioth. verb. Hæres num. 1.

(2) Rubiños in Diccionar. verb. Hæres.

(3) Ley 2. tit. 3. Partid. 6.

(4) Ley 7. tit. 3. Partid. 6.

(5) Ley 8. tit. 3. Partid. 6.

quien es; mas no con palabras, por la quales se descubra ~~su delito~~, ò sea infamado: (1) ni con las que llamamos *señas*, hechas con la cabeza, ni otras sin hablar: ni dexar la institucion à eleccion, y arbitrio de otro: ni tampoco darle poder para que la haga, (2) porque las ultimas voluntades no pueden conferirse en la de tercero; (3) y asi es necesario que manifieste la suya por sí propio, y de lo contrario se tendrá por captatoria. (4) Bien que aunque no profiera su nombre, si el Escribano, ù otra persona nada sospechosa le pregunta: *Si instituye por su heredero*, v. gr. *à Juan de tal*: y responde con la boca, y no por señas, *que sí*. Valdrá, con tal que esté en su juicio, y asista à la pregunta, y respuesta el competente numero de testigos que lo entiendan, pues es lo mismo que si de su motu propio lo hubiera nombrado, sin ser preguntado. (5) En quanto à si será, ò no válido el Testamento, quando el Testador es, ò no preguntado, y está, ò no muy gravado, y solo responde: *Sí*, ò *no*: y quando no puede hablar claramente: Vease à *Flores de Mena lib.* 1. *Var. quæst.* 1. *ex num.* 45. *al* 51. que trae siete declaraciones, y à los que cita.

104 Pero no es preciso que lo instituya por su nombre, ò apellido en el Testamento, pues basta que diga en él, que quiere sea su heredero el que nombrará en el Codicilo: (6) en cuyo caso siendo ambos perfectos en todo lo demás, verificandose en éste la nominacion, y estando el

(1) Leyes 6. 10 y 11. tit. 3. Partid. 6.

(2) Ley 11. tit. 3. Partid. 6. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib 5. Recop glos 16 n 2.

(3) Leyes Illa institutio 32. ff. de Hæredib. Instituend. y 11. tit. 3. Partid. 6.

(4) Leyes Captatoriæ scripturæ 64. ff. de Legat. 1. Captatorias 11. Cod. de Testam. militis. y Captatorias 70. ff. de Hæredib. Instituend.

(5) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. y ley 6. tit. 3. Partid. 6. Mantic. de Conjectur. lib. 2. tit. 6. num. 9. Sr. Cast. lib. 4. Controv. cap. 20. n. 14. Gom. en la ley 3. de Toro n. 109. Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. n. 4. al 12. Flor. de Mena lib. 1. Var. quæst. 1. num. 45. y 56.

(6) Leyes 7. y 8. tit. 3. Partid. 6.

el Testador en su juicio, valdrá, y no podrá decirse que murió intestado. Lo propio milita, y procede siendo nombrado en memoria testamentaria en la forma que expresaré en el §. XXVIII. num. 295. porque la memoria citandose en el Testamento, ò en poder para testar, y no dudandose ser del Testador, se estima, y es parte de estos, y no otra cosa; mas no, sino se cita, ò no consta ser suya; por lo que si en el Testamento, dice: *que su heredero perciba la herencia con las condiciones, gravamen, y en los bienes, y forma que expresará en el Codicilo, ò en memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su Testamento.* Valdrá el señalamiento de bienes, y el gravamen, y condicion que contenga el Codicilo, ò memoria, no dudandose ser esta suya, porque en ellos no le grava, sino en el Testamento, y solo declara lo que en este omitió, y dijo declararia, lo qual es muy diverso. (1)

105 Si el Testador yerra el nombre del heredero, ò legatario, y creyendo instituir à uno, nombra à otro, no vale la institucion, ni legado, (2) aunque hay casos en que valdrá. (3) Si hace la institucion à dia, ò tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero à Pedro desde tal dia, mes, y año en adelante, ò hasta tal dia.* Es válida, mas no la adicion, ò señalamiento de tiempo, por lo que el heredero entrarà en la herencia inmediatamente que muera el Testador; pero si éste es Caballero, ò Soldado que está en el Real Servicio, vale el señalamiento, y obstará al heredero la percepcion de la herencia. (4) Mas si la hace à tiempo que aunque incierto, se ha de verificar, v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero para el dia que se muera,* vale, y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente: y esto se entiende, ya

sea,

(1) Matienz. en dicha ley 1. y glos. 16. n. 13.
(2) Ley 12. tit. 3. Partid. 6.
(3) Ley 13. tit. 3. Partid. 6. vease al Sr. Greg. Lop. en ella.
(4) Leyes 15. tit. 3. Partid. 6. y Certi juris 8 Cod. de Testam. militis Gom. lib. 1. Var. cap. 2. num. 8. 9. y 10.

Aunq. el testador haya errado en el nombre del legatario ó heredero, no se invalidará el legado ó institucion. l. 28. t. 9. P. 6. Pero errando en la persona del heredero, será nula la institucion conforme à la l. 12. t. 3. P. 6. q. se cita.

sea, ò no Caballero el Testador, pues todos tienen facultad para hacerla en esta forma. (1)

106 El que entra en la herencia sin autoridad judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el mismo hecho el derecho à ella, y si ninguno tiene, debe restituir todos los bienes que tomó, y otros tantos, ò su valor en pena de la intrusion, y la Justicia informada de la verdad, poner en pacifica posesion de ellos à los legitimos, procediendo breve, y sumariamente sin estrepito, ni figura de juicio, y egecutar la pena con exaccion de las costas, daños, y perjuicios que se les ocasionaron. (2)

107 Una de las materias en que dificultó mas la antiguedad, fue la sucesion hereditaria. Los Romanos llevando adelante la dureza, barbarie, y ferocidad con que se cimentó su imperio, se contemplaban dueños absolutos de lo que poseian, y que en este concepto no estaban obligados à dexarlo à otra persona que à la que les captase mejor su voluntad, ò su capricho; sin que de esta regla exceptuasen à sus hijos, pues no ocupaban en su corazon mejor lugar que el Esclavo: se creian dueños despoticos de su vida, ò muerte: y ciegos, ò totalmente negados à los sentimientos que inspiran la sangre, la razon, y la naturaleza, y el Criador habia impreso en sus Almas, les era indiferente que viviesen, ò muriesen, quedasen opulentos, ò miserables: y asi de la libre facultad de venderlos, ò matarlos, que se arrogaban, y apropiaban, y con que se suponian autorizados, se seguia la de exheredarlos. (3) Mas racionales, y humanos los Griegos por el cultivo, y uso de las ciencias, que son las antorchas del entendimiento, y con especialidad por el de la Filosofia moral, formaron ideas nobles, y caracteristicas de la racionalidad, y establecieron leyes mas acomodadas à ésta; y asi reducian el dominio, y derecho de la patria potestad à castigar à sus hijos con prudencia, y moderacion, y si por es-

(1) Ley 15. tit. 3. Partid. 6.
(2) Ley 3. tit. 13. lib. 4. Recop.
(3) Liv. lib. 1. cap. 34.

este medio advertian no se conseguia su enmienda, los abdicaban de sus bienes, y expelian desnudos de su casa; y aun espiraba la patria potestad por los años, matrimonio, y pública adscripcion de los hijos à oficios de la República; (1) à cuyo modo de pensar tan regular era consiguiente el instituirlos herederos, y el que tanto ex testamento como ab intestato fuesen sucesores en sus bienes, que era lo menos, los que lo habian sido en su sangre, educacion, y costumbres, que era lo mas. Con las ciencias recibieron de los Griegos los Romanos la mansedumbre, dulzura, y sobriedad de costumbres, de la que derivó la sucesion de los hijos à sus padres, y la de los parientes entre sí ex testamento, y ab intestato. Y sin embargo de que conservaron mucho tiempo algunas poco conformes à la razon, y equidad natural como hijas de las inveteradas, de que no habian podido desprenderse enteramnte, (pues habia diferencia entre hijos, è hijas emancipados, y existentes en el dominio paternal, y entre agnados, y cognados, como si todos no tubiesen con su padre el mismo enlace natural, y participasen de su substancia; y aun la madre ingenua que no procreaba tres hijos, y la libertina quatro, era excluida de heredarlos, como si de ella dependiera el procrear muchos, pocos, ò ninguno, y no tubiera igual parentesco con ellos que su padre) conociendo el Emperador Justiniano esta sinrazon, y desigualdad de Justicia, derogó la variedad de sucesiones; abolió la diferencia entre agnados, cognados, y demás hasta entonces observadas; y prefijó tres lineas, una de ascendientes, otra de descendientes, y otra de transversales por su orden, y grado, que son las que hoy subsisten. Supuesto lo referido, que conduce para tomar alguna tintura de lo acaecido en tiempo que los hombres olvidados de la humanidad, mas se semejaban en algunas de sus operaciones à los brutos, que à los racionales; y procediendo à explicar en qué terminos segun nuestras leyes (que son las que debemos observar)
su-

(1) Dionis. Halicarnas. lib. 2. pag. 96.

suceden entre sí los ascendientes, y descendientes en virtud de su respectiva disposicion, y voluntad, digo que de dos maneras, que son: *ex testamento*, *y ab intestato*, pueden los hombres adquirir los bienes, y ser herederos de los difuntos. (1) Los herederos *ex testamento* son los que el Testador nombra por tales, (ya sean, ò no sus consanguineos,) para que le succedan en todos sus bienes, acciones, y derechos: y asi mediante su expresa, y especial voluntad entran en ellos. Y los herederos *ab intestato* son los mas propinquos parientes del difunto, que no hizo Testamento, y si lo hizo, no fue arreglado à derecho, ò aunque lo fuese, se rompió, è irritó despues por la supernascencia de algun hijo, de que en él no hizo mencion, ò por otro motivo, ò porque en él no instituyó heredero; los quales solo por legal disposicion le succeden en todos sus bienes, y derechos, (2) y por eso se llaman tambien *legitimos* como los forzosos; y de cada clase trataré con separacion.

108 Dividense los herederos *ex testamento* en *universales*, y *particulares*. Los universales son los que succeden no solo en todos los bienes del Testador, sino en sus cargas, y débitos, por lo que se llaman propia, y adequadamente herederos. Los particulares son los que succeden solamente en cosa cierta, y determinada, v. gr. en tierra, casa, ù otra albaja raiz, mueble, ò semoviente, ò en efectos, derechos, y acciones, los quales se llaman propiamente Legatarios, è impropiamente herederos, porque regularmente ninguna carga, ni deuda del difunto les toca pagar, por ser de cuenta del heredero universal, que es el verdadero, pues segun derecho (3) representa en todo al Testador, y es una persona con él.

Sub-

(1) §. Institut. Per quas personas verb. acquir.

(2) Princip. Instit. de Hæredi. quæ ab intest. Ferraris, Biblioth. verb. Hæres. n. 2.

(3) Leyes 13. al fin, tit. 9. Partid. 7. Quotiens 13. Cod. de Hæred. Instituend. y 1. §. Si ex fundo 4. ff. de Hæredib. Instituend.

109 Subdividense los herederos *ex testamento* en *forzosos*, y *legitimos*, y *en necesarios*, y *voluntarios*. (1) Los forzosos son los hijos, y descendientes legitimos del Testador. Llamanse *legitimos*, porque nacen segun ley, y disposicion de nuestra Santa Madre la Iglesia, por lo que gozan de todas las honras, y bienes de sus padres, y demás ascendientes, y son conocidos, y reputados por sus verdaderos hijos; (2) y *forzosos*, porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no habiendo causa legitima para exheredarlos, pues no instituyendolos, podrán romper, y anular en quanto à la institucion su Testamento por la preterición. De ellos hay tres clases: unos nacidos, y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tubieron sus padres impedimento canonico. Otros, que aunque han nacido, y sido engendrados constante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento, que ignoraban ambos, ò à lo menos uno de ellos. Y otros los que engendran, y procrean soltero, y soltera libres de impedimento canonico para casarse, aunque sean habidos en sierva, con tal que sus padres se casen despues, porque se legitiman por el subsequente matrimonio, y la sierva queda libre. (3)

110 Tambien son legitimos los que nacen de Infieles, que despues se convierten à nuestra Santa Religion, aunque estén en el grado prohibido por derecho canonico, porque entre ellos el matrimonio es mere contrato, y no están sujetos à las leyes Canonicas hasta que se convierten, por no ser miembros de nuestro cuerpo Catholico; (4) y à todos deben sus padres instituir por sus herederos, aunque no es-

(1) Ley 21. tit. 3. Partid. 6.

(2) Proem. y leyes 1. y 2. tit. 13. Partid. 4.: 21. tit. 3. Partid. 6. y In suis 21. ff. de Liber. & posthum. §. 2. Institut. de Hæred. qualit.

(3) Leyes 1. tit. 13. Part. 4.: 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Si vicinis 9. Cod. de Nupt. y Filium 6. ff. Qui sunt sui, vel alieni jur. cap. Conquestus 1. Cum inter virum 2. Tanta est 6. Referente 10. Pervenit. 11. y Ex tenore 12. Qui filii sint legitimi.

(4) Cap. Gaudèmus 15. Qui filii sint legitimi.

estén en su poder al tiempo de la institucion, y les han de succeder no solo *ex testamento*, y *ab intestato*, sino contra testamento, no concurriendo en ellos causa legal para ser exheredados: y asi les pertenecen sus bienes por derecho natural, y positivo, y en ellos tienen quasi dominio, y por fallecimiento de sus ascendientes dominio pleno, en el que continúan representandolos; (1) y por eso la *ley* 21. *tit.* 3. *Partid.* 6. los llama: *propios del Testador*, porque son una persona y una cosa con él.

111 La institucion que los padres han de hacer en sus hijos legitimos, debe ser directa, y no obliqua, ò por fideicomiso. La *directa* es aquella, en virtud de la qual se puede admitir la herencia por derecho civil, ò pedir la posesion de los bienes por el pretorio sin ministerio de persona alguna: y la obliqua la que exige el hecho, ò ministerio de otro. (2) Con ellos, ni con los demás descendientes legitimos ningun estraño ha de ser establecido por heredero, y si lo fuere, será invalida, è ineficáz en quanto à él la institucion, (3) porque todos los legitimos descendientes deben haber su legitima íntegra sin condicion, ni gravamen *juræ naturæ*, (4) y entre ellos se comprenden los posthumos; (5) bien que la institucion de estos es tácitamente condicional, y se entiende para el tiempo de su nacimiento; (6) y verificado este, se les dan todos los remedios posesorios, de Tenuta, y restitucion *in integrum*; acerca de lo qual vease à *Lara de Vita hominis* cap. 2. y à los que cita.

112 *Posthumnos* son llamados los que nacen despues del fa-

(1) Ley In suis hæredibus 11. ff. de Liberis, & posthum. hæredib. Instit.

(2) Bald. in leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 12. al 14. D.D. In [illegible] Centurio, ff. de Vulgar.

(3) Leyes Hac consultissima 21. al fin. Cod. de Test. 7. y 17. tit. 1. Partid. 6. y 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. cap. Raynutius 16. de Testam.

(4) Leyes 17. al fin, tit. 1.: 4. y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6.

(5) Ley Placuit 4. ff. de Liber. & posthum.

(6) Lara de Vita homin. cap. 2. num. 4.

fallecimiento de sus padres, (1) por cuya razon dice el derecho (2) que el que dexa à su muger en cinta, no muere sin hijos: y siendo sus madres libres, y no siervas, ò aun quando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán, y les competirán todos los privilegios que à los nacidos; y lo mismo sucederá, si quando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos están manumitidas, (3) porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto à los honores civiles, pues sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo, y no antes. (4) Y para que se tengan por legitimos, es preciso que los pára su madre à lo mas à los diez meses despues de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañia, pues si nacen aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legitimos, pero sí, naciendo dentro de los siete, (5) ò de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de once meses, lo que pocas veces sucede; acerca de lo qual, y de los que nacen à los tres, quatro, cinco, ò seis meses, ò à los catorce, y de otras cosas, vease à *Lara de Vita homin. cap.* 10. pues lo trata muy bien.

113 Para poder heredar los descendientes legitimos à sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos, y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, vivir despues veinte y quatro horas naturales à lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque sea por la comadre que les echa agua de socorro, y tener figura de racionales, aun quando sus miembros sean disformes por la pequeñez, ò magnitud: porque si nacen sin figura racional, v. gr. con cabe-

(1) Ley 20. tit. 1. Partid. 6.

(2) Ley 187. ff. de Reg. jur.

(3) Ley Et servorum 5. y ley Qui in utero 7. ff. de Statu homin. ley Antiqui, ff. Si pars hæreditatis petat. ley Fæminæ, ff. de Senatorib. §. 2. Institnt. de ingenuis. Lara de Vita hominum, cap. 1. n. 1. al 17.

(4) Ley 1. tit. 1. lib. 6. Recop.

(5) Ley 4. tit. 23. Partid. 4. Lara de Vita hom. cap. 10. Menochio lib. 2. præs. 52. Sr. Roxas de Incompatibi it. part. 2. cap. 4.

beza, ò miembro de bestia, ò aunque la tengan, y nazcan vivos, si mueren dentro de las veinte y quatro horas, ò no son bautizados antes de morir en caso que las vivan, ò mas, se tendrán por abortivos, y à ningun ascendiente heredarán, sin embargo de que los instituyan por sus herederos; de modo que para heredar, y poder ser herederos, y que el parto sea habido por legitimo, y natural, se han de verificar las tres cosas copulativamente, las que no eran necesarias por derecho comun. Y si por la ausencia del marido, ò tiempo del casamiento se prueba claramente que han nacido dentro de él, en que no podian vivir naturalmente, no sera habido el parto por natural ni legitimo, ni los hijos por herederos, no obstante que concurran en ellos las calidades referidas; (1) excepto que su madre sea concubina de su padre antes de casarse, porque entonces se legitiman por el subsequente matrimonio. (2)

114 En estos Reynos de Castilla tienen derecho los descendientes legitimos à todos los bienes de sus ascendientes; pero sin embargo se permite à estos que dispongan del quinto de ellos en vida, ò muerte, con tal que no sea mas que uno en ambos tiempos, segun se prueba de la *ley* 28. *de Toro*, correctoria de las 9. *tit.* 5. *y* 7. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real*, que les concedian facultad de donar uno en vida, y otro en muerte. De él, y no del cuerpo de la hacienda del Testador se han de deducir los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, teniendo legitimos descendientes, aunque el Testador lo prohiba expresamente, segun se prueba de la *ley* 30. *de Toro*, cuyo contexto es éste::: *La cera, Misas, y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del Testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque*

(1) Leyes 5. tit. 23. Partid. 4. y 2. tit. 8. lib. 5 Recop. Matienzo, en ella, glos. 1. y 2. Velazq. de Abendañ. en la ley 13. de Toro, glós. 2. y 3. Aceb. en la 2. Recopilada.

(2) Gom. en la ley 13. de Tòro, num. 4. vers. Quod iterum limita.

que el Testador mande lo contrario. Mas si testa entre estraños, se sacarán del cuerpo del caudal, como lo expone *Ant. Gom.* en la ley inserta, y se practíca, à menos que el Testador mande lo contrario, porque la restriccion, y prohibicion de ella se entiende solamente entre descendientes legitimos. Y si lega el quinto à un hijo natural, ò expurio, los pagarán los herederos estraños, (lo que no sucederá siendo legitimos) y el Legatario del quinto lo llevará íntegro, deduciendose primero de todo el caudal las deudas que el Testador tenia quando murió, y los legados especificos que hizo, si no dispuso otra cosa; (1) pero para evitar dudas, y controversias, prevendrá el Escribano al Testador que declare su voluntad, la qual servirá de regla, y norte, que gobierne al Contador. Lo propio deben hacer los herederos legitimos, si dexa el usufructo del quinto à su muger, ò à otro estraño, y à ellos la propiedad, pues como su usufruto no equivale à ésta, si grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, será perjudicado. (2)

115 Pero si el Testador tiene cinco, ò mas descendientes legitimos, y dexa el quinto por su alma, ò à favor de algun hijo ilegitimo, ò de otro, parece quedan damnificados, porque percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, y debiendo ser privilegiados como de mejor condicion, serán preposterados, v. gr. en este caso: Un padre tiene cinco hijos, y cinco mil pesos que dexarles. Si manda distribuir los mil pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que quatro mil para sus hijos: tocarán unicamente à cada uno doce mil reales, y serán gravados en tres mil, que importa mas el quinto; y si dexa mas hijos, menos percibirán, y la *ley* 28. *de Toro* no lo manda, ni de ella se infiere, antes si lo con-

(1) Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 6.

(2) Bayo, prax. Eccles. parte 3. lib. 2. quæst. 21. num. 1. y siguient.

contrario en limitar las dos del Fuero, y permitir un solo quinto. Y porque sobre esto hay variedad de opiniones, (1) y suelen suscitarse dudas, y litigios, (bien que yo siempre estaré por la libertad del padre, por las razones que expongo en el cap. 1. n. 26. lib. 2. de mi segunda parte adicionada, pues el que usa de su derecho, à nadie injuria) para evitarlos, enterará el Escribano al Testador de ellas, y con su orden estenderá la cláusula en esta forma: *Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las quales una se tendrá por quinto íntegro, y de ella se harán las deducciones que previene la* ley 30 de Toro, *hasta en donde alcance, y no mas, y las cinco restantes se aplicarán à mis cinco hijos con igualdad.* Y si mas hijos tubiere, mandará que se dividan en mas partes, y que la una se tenga por quinto.

116 Ayora, *de Partitionib. part.* 2. *quæst.* 1. dice que el padre dexando à su muger preñada, y no teniendo hijos vivos, puede disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del posthumo, y se funda en que éste al tiempo de la disposicion, y muerte de su padre no tiene adquirido derecho à ellos; cuya doctrina es falsa, y diametralmente opuesta à la *ley* 28. *de Toro*, y por lo mismo no debe seguirse; y si fuera verdadera, no solo podria disponer de la quarta, sino de todos, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro, y donde versa esta, debe obrar la propia disposicion legal. (2) Solo en Ciudad Rodrigo, y su Obispado se permite à marido, y muger que se leguen la quarta parte de sus bienes, aunque tengan hijos legitimos, y vale, segun afirma *Gutierrez*, porque es costumbre inconcusa, y generalmente observada: lo que se previene al Escribano, para que no siga su opinion, pues

(1) Gutier. lib. 2. pract. quæst. 107. Gom. y Tello Fernandez, en las leyes 9. y 10. de Toro. Acevedo, en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 30. Escobar, computat. 3. per tot.

(2) Leyes Illud 32. ff. ad leg. Aquil. y Titia 134. al fin, ff. de Verb. obligat.

pues no hay ley posterior à la 28. *de Toro*, que lo mande, ni razon convincente en que afianzarla.

117 Quando algun hijo, ò hija viene à heredar à sus padres, y demás ascendientes, está obligado, ò sus herederos à traer à colacion, y particion la dote, donacion *propter nuptias*, y demás donaciones que estos le hicieron de sus propios bienes; y si quiere apartarse de la herencia, puede hacerlo, à menos que la dote, ù donacion sea inoficiosa, (llamase inoficiosa, quando excede de la legitima, y mejora de tercio, y quinto) que en este caso se ha de dividir el exceso entre los coherederos; (1) lo qual no procede en quanto à la mejora para con las hembras, porque no pueden ser mejoradas en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, como queda sentado en el num. 81. y asi deberán recibirlo todo en cuenta de sus legitimas, y si excede, restituir el sobrante à los coherederos, excepto que por ultima disposicion se las haya mejorado; pero si alguno dá à otro dote, ò arras para que case á su hija, y éste se las entrega, no se las debe contar en parte de legitima, por no ser del patrimonio de sus padres, ni ella traerlas à colacion, y particion con sus hermanos. (2) Lo propio milita siendo donacion hecha por el Rey à un hijo, ò hija por los meritos de su padre; sobre lo qual he visto sentencia dada por uno de los Tenientes de Corregidor de esta Villa en 23. de Febrero de 1769. por el Oficio de Don Manuel Gomez Guerrero en el pleyto seguido por los herederos de Don Carlos Gomez con Don Luis Alvarez Castañon sobre dos consignaciones de cinco reales vitalicios hechas à la muger de éste, y à una hermana suya por los meritos del Don Carlos su padre, por la qual declaró no deber ser colacionables las diez annatas de los cinco reales que su Magestad les habia asignado, y se confirmó por el Consejo en 16. de Marzo siguiente.

118 Se pregunta si los nietos que nada heredaron de

(1) Ley 29. de Toro, que es la 3. tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) Ley 6. tit. 15. Partid. 6.

sus padres muertos, deben, ò no traer à colacion con sus tios carnales lo que sus abuelos dieron à sus padres en cuenta de sus legitimas, y estos consumieron? Y se responde que no, porque la obligacion de colacionar es gravamen personal, que debe sufrir unicamente el que recibe, por haber tenido la utilidad. Se replicará que deben hacerlo, respecto de que vienen representando à sus padres: à que se satisface, que la representacion es una ficcion del derecho positivo, que se dirige solamente à que en quanto à la parte, ò quota que han de percibir, ocupen el lugar de su padre, constituyan entre todos una persona sola, y no cada uno la suya, y succedan *in stirpes*, y no *in capita*; mas no para heredar, pues para esto vienen por su propio derecho, porque son herederos forzosos de sus abuelos segun la *ley* 6. *de Toro*, como estos de ellos. El *Sr. Salg. Labir. cred. part.* 2. *cap.* 25. toca algo de esta especie, y controvierte la de, si habiendo hecho sus padres concurso de acreedores, estarán obligados à traer despues de su muerte al mismo concurso los bienes que estos si vivieran, habian de heredar de los suyos, y aumentarian à él como hipotecados por la obligacion general à la responsabilidad de sus creditos, à no haber fallecido antes: y la resuelve negativamente, y asi lo he visto practicar algunas veces; y de aquella trataré mas bien en las particiones.

119 En quanto à la sucesion de los ascendientes à sus descendientes se trató poco entre los Romanos, porque como la patria potestad era perpetua, y solo podia verificarse suceder el padre à su hijo estando éste emancipado; y además se hacian las emancipaciones, reservandose el padre los derechos de Patrono, entre los que se incluya la herencia, sucedia à sus hijos en sus bienes muriendo intestados sin descendientes. Y procediendo à explicar lo que por nuestras leyes castellanas está dispuesto concerniente à ellos, digo que en la clase de herederos legitimos, y forzosos se comprenden igualmente los ascendientes legitimos, à los quales sus descendientes no teniendolos legitimos, ni

otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por sus herederos, y lo son *ex testamento*, y *ab intestato*, segun la *ley 6. de Toro*, que es *la 1. tit. 8. lib. 5. Recop.* y dice en su primera parte:: *Los ascendientes legitimos por su orden, y linea derecha succedan ex testamento, & ab intestato à sus descendientes, y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes à ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ò descendientes legitimos, ò que hayan derecho de heredarlos*:: y en fuerza de la expresion genérica: *de qualquier calidad que sean*:: no solo deben succederles en sus bienes *adventicios*, sino en los *profectícios*, *castrenses*, y *quasi castrenses*; y en los que el hijo ordenado *in sacris* gana *intuitu Ecclesiæ*; lo que en quanto à estos corrobora otra ley Recopilada, (1) que manda se observe la costumbre que hay en estos Reynos de succeder *ex testamento*, y *ab intestato* en ellos, como en los patrimoniales à los Clerigos de orden Sacro. Los que han derecho de heredar à los descendientes legitimos, no teniendolos estos, son el hijo natural legitimado por el subsequente matrimonio, el expúrio por rescripto del Principe, y el substituto pupilar, los quales excluyen à los ascendientes legitimos de la succesion de los bienes de sus descendientes; (2) bien que acerca de su exclusion por el substituto pupilar, vease lo que explicaré en el §. 8. n. 154. Advirtiendo que la legitimidad de los ascendientes, no se ha de entender con respecto à su propia persona, sino à las de los descendientes à quienes han de heredar; (3) y asi importa poco que el padre sea natural, ò expurio, si el hijo es legitimo, que es lo que se requiere, para que le herede.

120 Los herederos *necesarios* son los siervos del Testador,

(1) Ley 13. tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) Gom. en la ley 6. de Toro, num. 10. y Tello Fernandez, n. 66. Matienz. en la 1. tit. 8. glos. 6. y en la 11. tit. 6. glos. 5. lib. 5. Recop. Avendañ. en dicha ley 6. glos. 9.

(3) Tello en la ley 6. de Toro, n. 6. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 1. al 3.

dor, que instituye por tales; y se llaman asi, porque una vez establecidos, están obligados (que quieran, ò no) à admitir la herencia de su Señor, y pagar no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos antes, ò despues de su muerte, las mandas, y deudas que dexa, y por la institucion quedan libres. (1) Y los *voluntarios*, ò *estraños* son todos los demás, à los quales se dán estos nombres, porque aunque sean parientes del Testador, no tienen obligacion civil de dexarles sus bienes, ni por la pretericion pueden querellar de inoficioso, ni romper su Testamento; y solo à sus hermanos compete esta accion, quando instituyó por sus herederos à personas de *mala vida*, ò *infames* de hecho, ò de derecho, (2) como son: mugeres mundanas, ladrones, falsarios, expurios, Clerigos continuamente amancebados, borrachos, jugadores, usureros manifiestos, y otros que refieren los Autores, (3) y cuya designacion es arbitraria en el Juez; pero aunque las instituya, si sus hermanos maquinaron contra su vida, ò le acusaron de delito por el que debia perderla, ò la mayor parte de sus bienes, no pueden intentar la querella, antes bien perderán la herencia, si murió ab intestato. (4)

121 Para que los herederos forzosos puedan heredar al Testador, basta que no tengan impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiesen tenido. Los necesarios han de carecer de él, asi al de la institucion, como al de su fallecimiento. Pero los estraños deben estár libres, è indemnes de él en tres tiempos; el primero, quando son instituidos: el segundo, quando muere el Testador: y el tercero, quando se otorgan por herederos, y aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el substi-

(1) Leyes Cogi 16. ff. ad Trebelian. y 21. 3. Partid. 6.

(2) Ley 12. tit. 7. Partid. 6.

(3) Gom. en la ley 9. de Toro, num. 21. Sr. Castillo, lib. 2. c. 19. n. 18. y sig. Michalor. de Fractr. cap. 2. num. 3. 41. y 52. part. 3. Surd. lib. 3. Cons. 135. n 55. Canon Si gens, dist. 56. cap. Ut clericum, de vita, & honest. cleric.

(4) Dicha ley 12. tit. 7. Part. 6. al fin.

tituto, ù otro que con ellos sea instituido, à quien se acrecerá; y si ninguno de estos hubiere, pasará à los mas propinquos parientes del Testador. (1)

122 Aunque los ascendientes legitimos son herederos forzosos de sus legitimos descendientes, pueden estos (no obstante que existan baxo del paternal dominio como dexo expuesto en el num. 9.) disponer por contrato entre vivos, ò en ultima voluntad sin licencia de aquellos del tercio de todos los bienes que les pertenecen, y poseen, sino tienen hijos, ù otros descendientes legitimos, lo qual se prueba de la misma *ley* 6. *de Toro*, cuya segunda parte dice: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ò hacer qualquiera ultima voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren; lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ò la raiz, à la raiz.* Asimismo pueden gravarlo, è imponer en él las posibles, y honestas condiciones que les parezca, legandolo, ò no à alguno de sus ascendientes, al modo que estos tienen facultad de gravar el quinto, y à su Legatario, por la propia razon. Esta ley es correctoria de la 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real en quanto dispone: *que si el hijo no tubiere descendientes legitimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el Rey no pierda lo suyo, y no se lo pueda embargar padre, ni madre, ni otro pariente.* Y aunque algunos Autores fundados en ella, y en la 9. del mismo tit. y lib. que dice: *que si marido, y muger hicieren hermandad de bienes despues de el año de casados, valga la hermandad, no teniendo hijos*; afirman que si hicieren pacto de succederse los conyuges muriendo sin legitimos descendientes, valdrá el pacto, y no podrán anularlo, ni reclamarlo el padre, ni madre del difun-

(1) Ley 22. tit. 3. Part. 6. veanse las dos limitaciones, que trae el Sr. Gregorio Lop. en ella, verb. Temporales.

funto: no me adhiero à su opinion, lo primero porque el tener el nombre de heredero es honor, (1) y los hijos deben dar este, y otros honores à sus padres, como se lo manda Dios en el *Exodo cap.* 20. ibi: *Honora patrem tuum, & matrem tuam, & eris longævus super terram*; y en el *Eclesiastico cap.* 7. por estas palabras: *Honora patrem tuum, & gemitus matris tuæ nè obliviscaris. Memento quia nisi per ipsos non fuisses, & retribue illis quomodo, & illi tibi*::: y privandolos por este medio de la herencia, lejos de honrarlos, se les exheredaba, è injuriaba sin causa. Lo segundo, porque se graduaria como donacion entre marido, y muger, ò de pacto *ad invicem succedendo*, que por derecho están reprobados, segun diré en el cap. 3. n. 21. y 33. pues solo vale esta hermandad, y comunicacion de bienes en los dos casos que explicaré en dicho cap. num. 34. Y lo tercero, porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la 1. de Toro, por lo que no se debe seguir la opinion de los Autores contrarios.

123 De esta legal disposicion nacen dos dudas: una, si los gastos del funeral, y entierro del Testador se han de sacar del tercio, ò del cuerpo de bienes: y otra, si el hijo que está bajo de la patria potestad, puede disponer del usufructo del tercio de sus bienes adventicios, al modo que de la propiedad, ò ha de quedar reservado para su padre durante su vida. A la primera afirman unos que deben deducirse del tercio por las identicas razones que del quinto, habiendo descendientes, y entregarse las otras dos partes à los ascendientes como legitima suya sin descuento, ni gravamen; de cuya opinion son Castillo, Gutièrrez, Angulo, Matienzo, y otros. (2) Otros defienden que se han de bajar del

(1) Ley Filium, 5. §. Si legata, ff. de Legat. præstand. Montalv. en la ley 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, verb. Padre, ni madre.

(2) Castillo en la ley 6. de Toro, verb. Por su alma. Gut. repet. leg. Nemo potest, num. 93. y lib. 2. pract. quæst. 71. Angulo de Melior. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. num. 2. Matienzo en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 8. n. 2.

del cuerpo de caudal, porque el entierro, y lo anexo à él es deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer, à cuya solucion están sujetos, y responsables todos sus bienes sin distincion, y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente, y el legatario del tercio: y de este dictamen es *Garcia de expensis cap.* 8. *num.* 49. *y* 50. y añade que Castillo se retrata del suyo.

124 Para saber qual de las dos opiniones debe seguirse, es preciso explicar qué se entiende por funeral, ò qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él; y digo que por funeral se entiende el Habito en que se amortaja el cadaver, la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la Iglesia interin se canta la Vigilia, y Misa, la limosna de éstas, y su responso, los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadaver à la Iglesia, el velarlo, y amortajarlo, y algunas otras cosas necesarias, sin las quales no puede hacerse el entierro: y los gastos que en todas ocurren, son privilegiados à qualesquiera deudas del Testador, mas siendo excesivos, se han de modificar por el Juez de su domicilio, atendida su calidad, y haberes; (1) pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia, porque cede en su privativa utilidad, y no en la de el legatario del quinto, ni tercio. (2) Tampoco se incluyen las expensas de la ultima enfermedad hechas en medicinas, Medico, Cirujano, alimento, &c. porque quando el enfermo murió, ya las tenia hechas, y no se contraxeron con motivo de su muerte, por lo que se deducirán del cuerpo de bienes como otros qualesquiera debitos contrahidos por el Testador durante su vida; bien que aunque no son funerarias, se graduarán despues de las que lo sean, y los interesados en ellas se prefe-

ri-

(1) Leyes Et si quis 14. §. 3. 4. y 6. y Funeris sumptus 37. ff. de Religios. & sumptib. funer. 12. tit. 13. Part. 1. y 30. al fin. tit. 13 Part. 5.

(2) Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12 Tello Fernand. en la ley 30. de Toro.

rirán à todos los demás acreedores sin embargo de su anterioridad, y privilegio; (1) de lo qual trataré mas latamente en el lib. 3. cap. 3. de mi segunda parte.

125. Supuesto lo referido, digo que los gastos del funeral, y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes: lo primero, porque la *ley* 30. *de Toro* es correctoria, y toda correccion se ha de entender segun las literales palabras con que está concebida; y respecto hablar solo del quinto, à él debe limitarse. Lo segundo, porque la legitima de los descendientes es *debitum jure naturæ*, y la de los ascendientes *debitum causa æquitatis*, *aut pietatis*, *& jure positivo*, y asi es mayor la de aquellos que la de éstos, y por lo mismo no son herederos de igual prerrogativa, qualidad, y privilegio que los descendientes, ni succeden atendido el derecho divino, y natural, como advierten *Gom. tom.* 1. *Var. cap.* 1. *n.* 2. *y en la ley* 6. *de Toro n.* 10. *Tusco en la letra L. conclus.* 200. y otros: ni entre ellos se dá el derecho de representacion porque repugna à la naturaleza: ni há lugar la colacion: ni están obligados los descendientes à atesorar para sus padres como éstos para ellos, segun San Pablo: (2) ni tampoco el amor entre todos es igual, ni el ascendiente se subrroga en el lugar de su descendiente como éste en el de aquel; y si los Legisladores que crearon las leyes de Toro, hubieran querido que la deducion se hiciese del tercio, lo hubieran mandado, al modo que lo mandaron del quinto, por cuyo silencio es visto haberlo dexado en la disposicion del derecho comun. Y lo tercero, porque los referidos gastos son deuda natural, que de justicia se pagan à la Iglesia por dar sepultura al cadaver; y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas: de aqui se sigue, que asi como no puede negarse

que

(3) Acosta de Privileg. cred. reg. 2. ampliat. 1. n. 20. y 21. Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12.

(2) Cap. 12. de la Epistola de San Pablo ad Corinthios, que dice: Nec enim debent filii parentes thesaurizare, sed parentes filiis, y leyes Scripto 7. versic. fin. ff. Unde liberi. y Nam & si parentibus 15. ff. de Inofficios. Test. Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 11. al 15.

que los bienes del difunto son responsables à los gastos de su entierro: asi tambien es indubitable que no habrá herencia hasta que estén satisfechos todos los que en él ocurran.

126 Y para que se vea comprobada mi opinion, hago este argumento: Mayor derecho tiene la Iglesia à percibir los gastos del entierro, que los acreedores convencionales sus creditos: es asi que éstos se deducen, y pagan del cuerpo de bienes: luego aquellos deben satisfacerse tambien de él por la regla, *Si vinco vincentem te, melius vincam te.* Y asi se vé que la Iglesia, y gastos funerarios se pagan primero que los acreedores del difunto en observancia de lo dispuesto por derecho: (1) y no por eso debe decirse que se grava la legitima de los ascendientes, porque à la verdad no hay tal gravamen: siempre les quedan íntegras las dos partes de los bienes própios del Testador, à que unicamente tienen accion, que son aquellas dos terceras, que deben deducirse del cumulo, ò acerbo sobrante: y solo pagan à proporcion, y prorrata con el legatario lo que les corresponde; pero las Misas, legados, y todo lo demás que el Testador disponga, se han de deducir del tercio; y la razon de disparidad consiste, lo primero en que éstos son voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público: y asi aunque el Testador prohiba que se le entierre, ò se paguen, no será obedecido. Y lo segundo en que la *ley* 6. *de Toro* le permite disponer por su alma, ò en lo que quisiere: y respecto usar de ella, debe observarse su disposicion, aunque mande lo contrario, y de no hacerse asi, se infringiria la ley, se daria al Testador mas potestad que la que ésta le concede, y se equipararian los gastos del entierro, de que la ley no trata, con los de las Misas, y legados, en que le dá facultad para invertir el tercio expresamente.

127 En quanto à la segunda duda están discordes tambien los pareceres de los Autores; unos fundados en las pa-

la-

(1) Leyes 12. tit. 13. Partid. 1. 30. al fin. tit. 13. Partid. 5. penult. ff. de Religios. & sumptib. funer. y fin. §. In computatione 9. Cod. de Jure deliberandi, y §. fin. Institut. de lege Falcidia.

labras: *Que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes*: de la referida *ley* 6. *de Toro* afirman que el descendiente puede disponer en propiedad, y usufruto de sus bienes adventicios, porque el Testamento no adquiere fuerza hasta que se verifica la muerte del Testador, y entonces se consolida el usufruto con la propiedad, sale el hijo de la patria potestad, por la qual tiene su padre el usufruto de sus bienes con obligacion de alimentarlo, y educarlo, y cesando ésta, debe cesar el usufruto: pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho, (1) no necesita de la licencia paterna, por conferirle la ley suficiente facultad para ello, y no poder disponer el padre del usufruto si fallece antes que su hijo, à causa de no tener dominio en él; y de esta opinion son *Gomez*, y *Colon*, (2) y en práctica asi lo he visto.

128 Los que siguen la contraria, dicen que el usufruto ha de quedar reservado al padre durante su vida: que sin su licencia no puede el hijo disponer de él: y que para que pueda, es buena advertencia, que se la conceda amplia para todos, y qualesquier Testamentos, porque si no, no podrá revocar el primero, ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo, y el primero firme; y las razones que dán, son: porque aquella comision, y facultad se entiende unicamente para el primer acto: Que no es visto haberse establecido la *ley* 6. *de Toro* tan en favor de los hijos, mayormente no habiendose expresado como no se expresó en ella: y que en lo omiso ha de ceñirse à la disposicion del derecho comun, que dice: *que el padre goce el usufruto por los dias de su vida.* Y de este dictamen es Siguenza, (3) citando en su apoyo diferentes Autores del mayor séquito.

129 Lo cierto es que el hijo estando bajo de la patria potestad, no tiene dominio en el usufruto, porque por legal ministerio toca à su padre, como lo dice la *ley* 5. *tit.* 17.

Par-

(1) Ley 4. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Gom. en la ley 6. de Toro, num. 12. Colon en su instruc. jurid. lib. 2. cap. 8. num. 3.

(3) Siguenza de Clausulas lib. 2. cap. 1. n. 17. 18. y 19.

Partid. 4::: *Ca de las ganancias que ficiese el fijo por qualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre, nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo que las ganò, è el usufruto del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fijo.* Luego si no es dueño de él, no podrá disponer ni aun por Testamento à beneficio de otro en perjuicio de su padre: pues si no vale la enagenacion que hace por contrato entre vivos, aunque sea unicamente por la vida del cesonario: tampoco debe valer por Testamento, ni entenderse incluido en el tercio de sus bienes, de que habla la *ley 6. de Toro.* Y aunque se diga que el hijo por su muerte sale de la patria potestad, me parece que en esto se padece equivocacion, porque lo que no tiene ser, no puede salir, ni entrar en ella, ni hacer, ni padecer: luego estando muerto, no puede salir de ella, por no existir *in rerum natura*; y para que pueda decirse con propiedad que sale, se requiere que viva algun tiempo sin estár sujeto à su padre por alguna de las causas que explicaré en el Cap. XII. §. III. con que no siendo su muerte una de ellas, no se debe decir que sale, sino que mientras tiene ser, está sujeto à su padre, y que respecto estarle prohibido disponer del usufruto durante su vida, tampoco podrá para despues de su muerte, porque si quando es algo, no puede, por obstarselo la prohibicion legal; quando ya nada es, cómo ha de poder, pues mientras vive, está ligado con el impedimento, y no hay intermision entre el ser, y dexar de ser? En vista de cuyas razones parece no queda duda en que el hijo está incapáz, è inhabil de disponer del usufruto.

130 Mas no obstante, atendiendo à las de la opinion asertiva: à que la *ley 5. de Toro*, (que es *la* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* posterior à la de Partida) hace al hijo *sui juris*, para que pueda testar teniendo la respectiva edad de doce, ò catorce años, aunque esté baxo de la patria potestad, del mismo modo que si estubiera fuera de ella, como se prueba de su contexto::: *El hijo, ò hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer Testamento, pueda hacer Tes-*

Testamento, *como si estubiese fuera de su poder*: à que la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se eximian del poder de sus padres, aun estando casados, y velados, siguiendo en esto el derecho comun, lo que está derogado por la 47. *de Toro*: y à que entonces no podian testar, lo que tambien está derogado por la ley inserta, como queda sentado en el num. 9. Soy de sentir que puede disponer en propiedad, y usufruto del tercio de todos sus bienes, pues lo acesorio sigue lo principal, y asi se practíca.

131 En quanto à que el hijo puede disponer libremente en propiedad, y usufruto sin necesidad del paternal permiso de sus bienes *castrenses*, que son los que adquiere en la Corte sirviendo al Rey, ò en la guerra: y de los *quasi castrenses*, (que son los que ganan los Maestros de qualquiera ciencia, y los Jueces, Abogados, Escribanos del Rey por sus oficios, y otros semejantes, y toda donacion de heredad, ù otra cosa que el Rey, ù otro gran Señor les hace,) parece que ninguna duda dexan la *ley* 6. *tit.* 17. *Partid.* 4. que dice al fin::: *E aun porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo, è con gran peligro, è porque las facen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, è son mas franqueadas que las otras ganancias: cá los dueños de ellas pueden facer de estos bienes à tales lo que quisieren, è non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, nin otro pariente que hayan.* Y la 7. siguiente que habla de los quasi castrenses, y al fin contiene estas palabras::: *cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las ficieron, asi como de suso diximos.* Pero todo está derogado por la absoluta amplitud que contienen las palabras::: *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean*::: de la ley 6. de Toro, sobre lo qual vease al *Señor Gregorio Lopez en la* 6. *tit.* 17. *Partid.* 4. *glos.* 8. versic. *Hodie*: hasta el fin. Y aunque el art. 17. tratad. 8. título 11. de las Ordenanzas Militares impresas en el año de 1768. tom. 3. dice: *Todo Militar podrá testar sin licencia de su padre de*

los

los bienes castrenses no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su propio padre al tiempo de otorgar el Testamento; con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dexando à otro los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer à favor de quien quisiere en perjuicio de sus padres, y demás ascendientes, ò el quinto en perjuicio de sus hijos, y otros descendientes. Y corrobora dicha ley 6. de Toro, me parece está derogado por la Real Cédula inserta en el numero 15. de este capítulo.

132 Si los descendientes legan el tercio de sus bienes à alguno de sus ascendientes, pueden consignarlo en los que quisieren; pero legandolo à estraño, se duda si podrán, ò no hacer la consignacion. *Antonio Gomez*, en la *ley 19. de Toro*, *num.* 4. dice que no; y en mi concepto lo contrario es lo que debe seguirse, porque si los ascendientes pueden señalar el quinto quando lo legan à estraño, al modo que quando lo dexan à alguno de sus descendientes, mejor podrán estos como herederos mas privilegiados que aquellos, señalar el tercio, que es hacienda suya privativa, mayormente no habiendo prohibicion legal; y asi lo seguiré, y haré siempre que me ocurra, pues donde versa igual, ò mayor razon, debe obrar la misma disposicion legal.

133 Están persuadidos algunos Escribanos que el Legatario del tercio aunque sea estraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institucion, nombrando omnimodamente à ambos por sus herederos en su respectivo haber bajo de un mismo concepto, y expresion en esta forma: *Instituyo por mis herederos à Pedro mi padre en las dos terceras partes, y à Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan, y hereden, &c.* y les digo que es error clasico no solo hacer la institucion en estos terminos, sino llamarle heredero: lo primero, porque con los ascendientes, y descendientes legitimos ningun estraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la *ley 7. tit.* 1. *Partid. 6.* la qual aunque no habla sino de descendientes, se debe esten-

tender à los ascendientes, porque la 6. *de Toro* manda que sean sus herederos legitimos, y les succedan igualmente *ex testamento*, y ab intestato. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el Legatario como heredero particular, lo que no sucede, pues pasará precisamente à los demás herederos ab intestato del descendiente, y se estimará que éste no hizo Testamento en el efecto. Y lo tercero, porque entre Legatarios no hay derecho de acrecer, à menos que el Testador legue à dos, ò mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ò muere antes que el Testador, ò acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá à los demás; (1) con que menos podrá haberlo entre heredero legitimo, y Legatario estraño; por cuyas razones es impropio el nombre de *heredero*, y sí propio, y adequado el de *Legatario*, pues el tercio en este caso es *legado*, y entre herederos forzosos instituidos *mejora*, y asi debe legarse en cláusula separada, y si se pone en la de institucion, no se ha de dar al Legatario el título de heredero.

134 Hijos ilegitimos son los que no nacen de matrimonio, que por disposiciones legal, y canonica se llama legitimo, y por lo mismo no gozan (regularmente hablando) de las honras, y bienes de sus padres, y demás ascendientes. (2) Se dividen en dos clases, à saber: *naturales*, y *expurios*. Los naturales son de condicion menos mala que todos, y por tales son reputados aquellos que nacen de hombre, y muger libres, ò solteros, (ya sea viuda, ò soltera (3) la muger) que quando los engendraron, ò su madre los parió, podian casarse justamente sin dispensacion, por no estár ligados con impedimento canonico, pues basta que en uno de los dos tiempos estén indemnes de él, y que

(1) Ley 33. tit. 9. Partid. 6.

(2) Prœm. y leyes 1. y 3. tit. 15. Partid. 4.

(3) Sr. Gregorio Lopez en la ley 1. tit. 15. Part. 4. glos. 2. Señor Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. num. 18. Matienzo en la ley 9. tit. 8. lib. 5. Recop. glosa 2. n. 5.

que sean solteros para poder contraer matrimonio; y à estos hijos deben criar, y dár alimentos no solo sus padres, y madres, sino sus abuelos, y demás ascendientespor ambas lineas. (1)

135 Y para que en el legal concepto se estimen por hijos naturales, debe su padre reconocerlos por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger en quien los hubo, porque si la tuvo en ella, ò fue sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demás ser reconocidos, como explicaré en el cap. XII. num. 14. y se prueba de la *ley* 11. *de Toro*, que es *la* 9. *tit.* 8. *lib.* 5, *Recop.* y dice: *Ordenamos, y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ò fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.* Y éstos hijos gozan de la hidalguia de sus padres, aunque su madre no la tenga; (2) pero en quanto à si se tendrán, ò no por tales, no interviniendo reconocimiento de su padre, si prueban que éste los alimentaba, tenia, y llamaba asi, y otras cosas, vease *à Matienzo* en la ley inserta, glos. 3. y 4. pues por ser difusa su explicacion, y no precisa su pericia para el Escribano, la omito.

136 Careciendo los ascendientes de descendientes legitimos, pueden instituir por sus herederos, y dexar todo lo que quieran de sus bienes, (aunque tengan legitimos ascendientes) à sus hijos naturales, como expresamente lo ordena la *ley* 10. *de Toro*, que es *la* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* en su segunda parte::: *Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tubiere hijos, ò descendientes legitimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo*

(1) Leyes 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part 4. y 11. al fin, tit 13. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Filius.

(2) Ley 1. tit. 11. Partid. 7.

do lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos. Y no haciendo mencion de ellos su padre en su Testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos, regulado por alvedrio de hombres buenos. (1) Lo propio sucederá quando muere intestado, y asi no dexando descendientes legitimos, le sucederán segun el derecho de las Partidas en la sexta parte de la herencia, que son dos onzas de doce, ò en lo necesario pera alimentarse, que por derecho natural, y equidad canonica se les debe; y hoy por derecho mas nuevo en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida, ò dexar en muerte à sus hijos ilegitimos por razon de alimentos en caso que estén obligados à darselos, como se prueba de dicha *ley* 10. *de Toro*, cuya primera parte dice: *Mandamos que en caso que el padre, ò la madre sea obligado à dar alimentos à alguno de sus hijos ilegitimos en su vida, ò al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas que la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su anima, y por virtud de los dichos alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegitimo; de la qual parte despues que la tubiere el tal hijo, pueda en su vida, ò en su muerte hacer lo que quisiere.* Y aunque no dexe su padre descendientes legitimos, si los tiene legitimados por el Principe, ò adoptivos, le sucederán estos muriendo intestados, y no los naturales, como afirma *Matienzo* en la ley 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. glos.* 1. à quien en quanto à lo que deberán haber de sus padres los legitimados por el Principe, se podrá ver en la 10. del mismo tit. *per tot.*

137 Si la madre no tiene descendientes legitimos, debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural, aunque tenga legitimos ascendientes, como lo manda la *ley* 9. *de Toro*, que es *la* 7. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* y dice::: *Y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legitimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legitimos, manda-*

(1) Ley 8. tit. 13. Partid. 6. Auth. Licet patri. Cod. de Natura- lib. liber. Matienzo, en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1.

damos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tubiere naturales. ò expurios, por su orden, y grado le sean herederos legitimos ex testamento, y ab intestato. Y si los hijos naturales son preteridos, ò exheredados por sus madres, se duda si deberán, ò no heredarlas, por no haber decision legal que de ello trate: el que quisiere instruirse, vea à *Gomez* en la ley inserta, *num.* 12. Y por lo respectivo à si tienen derecho contra el Testamento de su padre natural, y son herederos de sus hijos naturales, y éstos de ellos, y los nietos naturales de sus abuelos legitimos, ò naturales, en los *numeros* 4. 7. 9. 10 *y* 11. à *Matienzo* en dicha ley 9. *glos.* 1. *n.* 3. hasta el fin, y lo que diré en mi segunda parte adicionada, lib. 2. cap. 1. §. 3. y cap. 7. n. 13. al 22.

138 Y por ser mútua, è igual entre padres, è hijos la obligacion de alimentarse, heredarán aquellos de estos, muriendo intestados sin legitimos descendientes, lo mismo que estos pueden heredarlos sin diferencia, porque tienen derecho identico contra los bienes de sus hijos ilegitimos, como se prueba de la *ley* 8. *tit.* 13. *Partid.* 6. que dice::: *Otrosi decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, è debe heredar à su padre en los bienes de él, è aprovecharse de ellos, asi como sobredicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, è ayudarse de ellos.* Cuya ley no está derogada, ni corregida.

139 Los expurios, (que generalmente llaman asi à todos los demás ilegitimos, porque nacen, y son procreados contra la pureza del derecho natural, y divino, y contra razon natural) se dividen en varias clases: unos se llaman *Adulterinos*, ò *Notos*, y son los que nacen de hombre casado, y muger viuda, ò soltera (que por otro nombre se llama *Barragana*) ò de ambos respectivamente casados con otros, pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento que tenian, no se legitiman: ò los de Frayle, y Monja profesos, ya sea por coito entre ambos, ò por cada uno con otra persona: ò los de Clerigos ordenados *in Sacris*, que igualmente se nombran *Sacrilegos*, (todos

los

los quales son tenidos, y reputados por hijos de dañado ayuntamiento, y los de muger casada por de *dañado*, y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte;) ò de parientes dentro del quarto grado canonico sabiendo ambos el impedimento; y à estos dan èl nombre de *incestuosos*. Y à otros llaman *Manceres*, ò *mancillados*, los quales son de peor condicion que todos los referidos, porque nacen de mugeres rameras nobles, ò plebeyas prostitutas à todo hombre, por cuya causa se ignora quién es su padre; y à todos está obligada su madre como conocida à dar alimentos, pudiendo, y necesitandolos. (1) Tambien son ilegitimos los que nacen de padres, entre quienes hay impedimento, aunque ambos lo ignoren, si contrageron matrimonio clandestino prohibido por la Iglesia: y lo mismo sucede aun en el caso que no tengan impedimento, porque el matrimonio clandestino es nulo, y por tal lo declaró el Concilio de Trento. (2)

140 Sin embargo de que por el derecho de los Romanos no estaban obligados los padres à dar alimentos à sus hijos expurios nacidos de dañado ayuntamiento. (3) no obstante, por el canonico, y por el nuestro concordes con el natural, deben alimentarlos, aunque sean incestuosos, y nefarios. (4) Lo primero, porque su educacion es de derecho natural. (5) Lo segundo, porque la naturaleza es tan comun à ellos como à los legitimos. (6) Lo tercero, porque el amor de su padre azia ellos es natural. (7) Y lo quar-

(1) Leyes 1. tit. 15. y 5. tit. 19. Partid. 4.

(2) Leyes 3. tit. 3. y 2. tit. 15. Partid. 4. cap. Cum inhibitio 3. §. Si quis: de Clandest. desponsat. Concil. Trident. Ses. 24. cap. 1. de Reformat. matrimonii. Matienzo, en la ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 1. n. fin.

(3) Authent. Ex complexu Cod. de incest. nupt. Authent. Licet, al fin, Cod. de natural. liber. y Authent. Quibus modis naturales efficiunt. sui. §. penult. collat 7.

(4) Cap Cum haberet, De eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adulter. y leyes 1. y 2. tit. 19. Partid. 4.

(5) Ley 1. § Jus naturale, ff. de Justit. & jur. ley 2. tit. 1. Part. 1. y Cap. Jus. naturale, distinct. 1.

(6) Ley Hos accusare, § Omnibus, ff. de Accusat. y ley Quisquis, Cod. ad leg. Jul. Majestat.

(7) Abb. in cap. Cum haberet, cit. n. 5.

quarto, porque por derecho natural, y antes de el escrito ninguna diferencia habia entre los legitimos, y naturales. (1) Por cuyas razones conformandose el nuestro, y tambien el canonico con el natural, impusieron à los padres la precision, y obligacion de darles alimentos. (2) Y la misma obligacion compete de equidad canonica à los abuelos, y demás ascendientes paternos en defecto de padres, ò estando indigentes estos, y ricos aquellos; (3) bien que el derecho Real los exime de ella, mas no à los de la madre si pueden, porque es conocida, y el padre no. (4)

141 Procede en tanto grado la obligacion referida, que no se puede privar à los hijos expurios de el derecho de percibir los alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibicion de el Testador; bien que si el pacto es jurado, y los renuncian, se les deberán en el solo caso de que no puedan vivir de otra suerte, y perezcan de necesidad sino se les contribuye con ellos; en cuyo unico caso podrán reclamar la renuncia, y transacion. (5) Lo qual se limita lo primero, quando concurren de parte de los hijos las causas que para exheredar à los legitimos prescriben las leyes, y explicaré en el §. 16. pues entonces podrá su padre denegar los alimentos à los ilegitimos: y mucho mas si su ingratitud para con él lo constituye reo de muerte. (6) Y lo segundo quando los hijos tienen de que vivir, ò se pueden mantener con su arte, oficio, ò industria sin desdoro de sus personas, en cuyo caso no está obligado su padre à darselos, (7) porque falta la indigencia, que es la causa impulsiva de su concesion.

No

(1) Auth. Quibus modis naturales efficiant. legitimi, §. Si quis vero, vers. Liceas, collat. 6. y Auth. Quibus modis naturales efficiunt. sui, vers. Natura.

(2) Hostiens. in fin. Rubr. n. 11. in cap. Cum haberet, cit. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 6. num. 2. Matienz. en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 1. al 4.

(3) Matienz. ibi. n. 23.

(4) Ley 5. tit. 19. Partid. 4.

(5) Matienz. ibi, n. 24. al 27. y otros que cita.

(6) Ley 2. tit. 19. Partid. 4. Acurs. in leg. Si quis à liberis, §. Idem judex., ff. de Liber. agnoscend. Matienz. ibi. n. 28. y 29. Sr. Covar. de Sponsal. dicho §. 6. al fin.

(7) Ley Si quis à liberis, cit.

§.

142 No se circunscribe, ni es peculiar, y privativa del padre solamente la obligacion de alimentar à sus hijos expurios, antes bien se amplía, y estiende à los herederos de éste. (1) Y lo mismo procede quando los alimentos se deben por disposicion del hombre, yá sea en contrato, ò en ultima voluntad; pues la carga de alimentar pasa à los de el que à ello está obligado, (2) aunque lo sea el Fisco por tácito fideicomiso, ò por otra causa: ò el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado, ni al que obtuvo los bienes de aquel por otro qualquiera contrato. (3)

143 A los hijos expurios que no son procreados por Clerigo ordenado *in sacris*, ni por Frayle, Freyle, ò Monja profesos, compete solamente *ex testamento*, y *ab intestato* el derecho al quinto de los bienes de su padre, ò madre que los tienen legitimos: y por virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta, no pueden mandarles mas en dicho caso; de cuyo quinto una vez que lo perciban, tienen facultad de disponer à su arbitrio, segun en su primera parte lo ordena la ley 10. de Toro, que es la 8. tit. 8. lib. 5. Recop. inserta en el num. 136. excepto en tres casos: el primero, quando de la tácita, ò expresa voluntad del Testador se colige que no quiso que el quinto pasase à los herederos de su hijo expurio. El segundo, quando le hace algun legado annuo que con su vida espira. Y el tercero, quando le grava à que despues de su muerte restituya à otro los bienes que le dexa por via de alimentos, pues en este caso debe restituirle el exceso à estos, y no mas. (4) Y si el expurio no dispone del quinto que se le dexa por razon de alimentos, pasará à sus herederos, y no bol-

§. Sed si filius: y ley fin. §. Ipsum autem filium, Cod. de Bonis, quæ liberis. Matienz. ibi. n. 16. y 17.

(1) Authent. Licet, Cod. de Natural. liber. & ibi. Bart. Bald & D. D. Gom. en la ley 9. de Toro, n. 39. Sr. Covar. ibi. n. 14.

(2) Ley Libertis quos, §. 1. ff de Aliment. & cibar. legat. Gom. ibi. al fin.

(3) Matienz. ibi. n. 19. al 22. Sr. Covar. dicho n. 14.

(4) Matienz. en dicha ley 8. glos. 2. n. 4 y 5.

bolverá à los de su padre. (1) En quanto à si este deberá darles mas del quinto, quando no es suficiente para su decente manutencion: ò todo él, quando con menos se pueden mantener: vease à *Matienzo en la ley* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. glos.* 1. *ex n.* 6. *al* 15. y à los que cita.

144 Pero si son procreados por Clerigo ordenado *in sacris*, ò por Frayle, Freyle, ò Monja profesos, nada pueden haber de ellos, como se prueba de las leyes 6. y 7. tit. 8. lib. 5. dicho, cuyo ordinal tenor es el siguiente. Ley 6. *Ordenamos, y mandamos que los tales hijos de Clerigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres Clerigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan, ni puedan gozar de qualquier manda, donacion, ò vendida que les sea hecha por los susodichos agora, ni de aqui adelante, y qualesquier privilegios, ò cartas que tengan ganados, ò ganáren de aqui adelante en su ayuda contra lo que nos asi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá nos las revocamos, y damos por ningunas.* Ley 7. que es la 9. de Toro: *Los hijos bastardos, ò ilegitimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijo, ò hijos, ò descendientes legitimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legitimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legitimos, mandamos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tubieré naturales, ò expurios, por su orden, y grado le sean herederos legitimos ex testamento, y ab intestato; salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni ab intestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas,*

(1) Matienz. ibi. n. 6.

mas, de la qual podian disponer por su anima, y de la tal parte despues que la tubieren, puedan disponer en su vida, ò al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegitimos como quisieron; y queremos, y mandamos que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de Clerigos, ò Frayles, ò de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Don Juan el Primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los Clerigos supra proxima. De cuyas leyes se prueba que los hijos expurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo Clerigos, ò Frayles profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres: el primero, quando tienen hijos legitimos. El segundo, quando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. Y el tercero, quando es Monja profesa; de cuyos casos en los dos primeros les puede dexar su madre el quinto, y en el tercero nada. Pero se duda si los legitimos, ò naturales de dichos hijos expurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegitimos, respecto hablar la ley de sus padres, y no de ellos: sobre lo qual hay varias opiniones, y de ello tratan *Gutier. lib. 2. pract. quæst.* 110. *Lugo, de Just. & jure disp.* 24. *num.* 116. y otros que citan. Y se previene lo primero, que aunque el padre diga en su Testamento que les debe algunos frutos, dinero, ù otra cosa, no están obligados sus herederos à entregarsela, à menos que por otro medio lo prueben, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, y perjudicar à los legitimos herederos. (1) Y lo segundo, que por Real Cédula expedida à consulta del Consejo en el Real Sitio de S. Ildefonso à 2. de Septiembre de 1784. se declara que la ilegitimidad de que tratan las leyes, no sirve de impedimento

(1) Ley 3. tit. 14. Partid. 3.

to à los hijos ilegitimos para exercer qualesquiera artes, y oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes à privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias, y otras, que à inhabilitarlos, y hacerlos inutiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes, y las sentencias, e tatutos, usos, costumbres, y quanto sea contrario à esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez, y Escribano, pues para con estos queda en su fuerza, y vigor lo dispuesto en las leyes, y se les distingue con justo motivo de los que exercen los demás oficios que no son de Republica, aunque sí utiles, y precisos en ella. En quanto à si el Clerigo puede dotar à su hija expuria, y dar el exceso del quinto à su marido, ò à sus nietos, vease à *Parladorio. lib. 1. Rer. cap. 16.* que con otros que cita, defiende que sí.

145 : Subdividense los herederos en *usufructuarios*, *fideicomisarios*, *y substitutos.* Los usufructuarios son los que durante su vida, ò por tiempo determinado instituye el Testador, para que gocen del producto de sus bienes, y los usen, y luego se consolida el usufruto con la propiedad, y pasa à otros nombrados, que se llaman propietarios: y del usufruto, y fianza, que debe dar el usufructuario, trataré (bien que de paso) en el §. XXVIII. de este Capitulo. Los fideicomisarios, ò por mejor decir *fiduciarios* son los que el Testador dexa por sus herederos, con tal que incontinenti, ò al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia à la persona que les manda. Tambien suele nombrarlos por herederos con el titulo de fideicomiso: dexar à su alma por heredera, sin que suene en el Testamento: y encargar al fideicomisario bajo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia, y distribuir sus bienes, prohibiendole su revelacion, y à qualesquiera Jueces, y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se intrometa, ò quiera intrometer, no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Y los substitutos son aquellos, à quienes pasa la herencia, porque los principales herederos

la

la repudian, ò mueren sin entrar en ella, ò en edad, y estado de no poder testar; y respecto haber entre estos algunas diferencias, y ser bastante ardua, y sutil la materia de substituciones, paso à tratar de ella para instruccion del Escribano.

§. VIII.

SUBSTITUCIONES de herederos.

146 SUbstituir heredero es *hacer segunda institucion, ò nombramiento de heredero para que à falta del primero instituido éntre en la herencia, y la goce.* La substitucion de heredero fue introducida por derecho de gentes para que no caducasen las disposiciones de los Testadores: (1) y rigorosamente entendida es de dos maneras, que son: *directa*, y *obliqua*, ò *indirecta*: la directa es la que dá la herencia al substituto sin intervencion, ni restitucion de otro; y la obliqua la que se la dá por medio, y mano de un tercero. Dividese en seis clases que son: *Pupilar*, *Exemplar*, *Vulgar*, *Compendiosa*, *Breviloqua*, y *Fideicomisaria*, (2) de las quales en la primera, segunda, quarta, y quinta sucede el substituto representando al heredero, y no al Testador, por lo que debe ser nombrado primeramente por heredero el hijo, y en su lugar el substituto: y en la tercera, y sexta representando al Testador; y deben hacerse en Testamento, y no en Codicilo.

147 La Pupilar *es una substitucion directa, y simple hecha por el Testador à sus hijos legitimos impuberes que están*

(1) Ley unic. Cod. de Caduc. Substitutio. n. 1. tollend. Begnudel. Bibliot. verb. (2) Ley 1. tit. 5. Partid. 6.

tán en su poder, y por su muerte no han de recaer en el de otro. (1) Nadie puede hacerla sino el padre à los hijos de legitimo matrimonio, que tiene bajo de su dominio, ya sean varones, ò hembras; con tal que el varon sea menor de catorce años, y la hembra de doce, pues en cumpliendolos, está privado de substituirlos pupilarmente, porque tienen facultad legal de testar, sin embargo de que estén bajo de la patria potestad; (2) y no deben ser apremiados à recibir Curadores sino quisieren, (3) antes bien pueden nombrarlos por sí siendo capaces, como se practíca. Y aunque no tiene potestad en el póstumo (que es el que está en el vientre de su madre) hasta que nace: (4) ni hasta entonces se le llama su heredero, ni se le debe la legitima, (5) puede no obstante substituirlo pupilarmente, (6) porque existe *in rerum natura*, y en todo lo propicio se le contempla nacido, y asi puede ser nombrado substituto de el heredero instituido. (7) Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir por forma seis circunstancias: la primera, que el pupilo sea descendiente legitimo del substituyente. La segunda, que esté en su poder, y no fuera de él, excepto que sea póstumo. La tercera, que sea impúbero. La quarta, que lo instituya por su heredero: ò que lo exherede con causa legitima por ser capáz de cometer dolo, ò ingratitud contra su padre; bien que aunque lo pretería, ò exherede sin causa, vale la substitucion. La quinta, que despues de la muerte del Testador se haga *sui juris*, quiero decir, que no recayga en el dominio, ò potes-

(1) Instit. de pupilar. Subst. y ley 1. §. 2. ff. de Vulg. & pupil. substitut.

(2) Leyes 5. tit. 5. Partid. 6. y 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienzo, en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos 17. n. 1. y 2. Sr. Covar. de Testament. cap. Raynutius §. 4. num. 1 y 2.

(3) Ley 13. tit. 16. Partid. 6. y §. Item invicti adolescentes, Instit. de Curator.

(4) Ley fin. ff. de Collation. bonor. Abendañ. resp. 28 n. 2.

(5) Ley 2. Cod. de Bonor. posses. contra tabul. y ley 1. §. Toties, ff. de Ventre in posses. mitend.

(6) Ley ult. al fin. Cod. de Institut & Substitution.

(7) Ley Substitui 17. ff. de Vulgar. Lara de Vita homin. capit. 6. num. 21.

testad de otro. Y la sexta, que entre verídica, y efectivamente en la herencia paterna; (1) pues si muere antes que su padre, caduca la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes, y no el substituto. Advirtiendo que aunque esta substitucion se haga en una sola cosa, ò fundo, se amplía à todos los bienes del pupilo siendo hecha directa, y no obliquamente, (2) al modo que la institucion directa en una cosa se estiende à la universalidad de la herencia, (3) como en el num. 170. diré.

148 Puede ser hecha *manifiesta, y tácitamente* Es substitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo menor de catorce años, y si llega à heredarme, y muere antes de cumplirlos, nombro à Juan por su heredero.* Tácitamente, v. gr. *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo menor de catorce años, y à Juan, y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero, lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo, que está en la edad pupilar, y si no fuere mi heredero, establezco por tal à Francisco en su lugar.* En cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el substituto no solo los bienes del Testador, sino los que por otra qualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita, ò manifiesta. (4)

149 Pero esto no procede quando el Testador tiene dos hijos, uno pupilo, y otro adulto, y los nombra por sus herederos, diciendo: *Que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ò no quiere ser su heredero, lo sea el otro.* Pues si el pupilo quiere serlo, entra en la herencia, y muere antes de la pubertad, no puede el adulto en-

(1) Gomez, lib. 1. Variar. cap. 4. num. 2. al 4. &c. ibi. Aillon num. 5. y 6.

(2) Ley Cohæredi. §. fin. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Gom. ibi. n. 13.

(3) Leyes 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæredib. instituend. y 14. tit. 3. Partid. 6.

(4) Ley 5. tit. 5. Partid. 6.

entrar en ella por la substitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: y la razon legal es, porque debe guardarse igualdad entre ellos, y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos substituciones pupilar, y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consequencia que el adulto le herede ab intestato como pariente mas propinquo, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legitima succesion, porque cesa la substitucion vulgar, por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar, quando algun estraño es instituido por heredero substituto junto con el hijo pupilo del Testador. (1)

150 Por derecho comun, y de las Partidas (2) está concedida al abuelo la facultad de substituir pupilarmente à su nieto legitimo; pero actualmente carece de ella, y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse, y velarse sale de su poder, y se estima por emancipado segun derecho posterior, (3) y el nieto jamás entró en él, y antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris*: (4) por eso carece de facultad para substituirlo pupilarmente, pues el hacerlo es efecto de la patria potestad, y no habiendo esta causa, no puede resultar aquel efecto, por cuya razon tampoco puede substituir pupilarmente al estraño, que instituye heredero; pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paternal dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza, y vigor lo dispuesto por derecho comun, y de las Partidas: entrará el nieto en la potestad de su abuelo, y no en la de su padre, à causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella: y aunque se vele despues de nacido su hijo, no tendrá patria potestad sobre él, y sí solo su abuelo, (5) y

(1) Ley 5. tit. 5. Partid. 6.

(2) Leyes 2. ff. de Vulg. & pupil. subst. y 5. tit. 5. Partid. 6.

(3) Ley 47. de Toro, que es la 8. tit. 1. lib. 5. Recop.

(4) Ley 1. tit. 18. Partid. 4.

(5) Gutier. lib. 2. pract. q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 2. & ibi Aillon.

y muerto éste, se hará *sui juris*, si su padre le premurió, ò no la adquirió en él por algun motivo, y no de otra suerte; todo lo qual tendrá presente el Escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo, y se precian de hábiles.

151 Llega à tanto la patria potestad (prescindiendo de otras facultades à ella anexas, de que trataré en el Cap. XII. §. III.) que aunque el padre exherede à sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho prefine, y explicaré en el §. XVI. de este Capítulo, puede substituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres, y de otros parientes, y tambien gravar al substituto en los que adquieran por qualquier razon, con tal que no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que dexe à otro, por lo que el substituto no està obligado à obedecer al substituyente, ni por consiguiente à entregar la manda al Legatario. (1) Pero para exheredarlos han de tener à lo menos diez años y medio cumplidos, de suerte que estén proximos à entrar en la pubertad, que empieza desde los doce, y catorce años respective, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delito, que los haga condignos de la exheredacion, à causa de faltarles el discernimiento, y uso intelectual. (2)

152 No se estiende solamente la virtud de la patria potestad al hijo legitimo, sino al prohijado por via de Arrogacion, (de que trataré en el Cap. XII. §. I.) pues su padre adoptivo puede darle substituto en todos los bienes que debe heredar de él, y en los que algun amigo del mismo adoptante le hubiere legado, ò donado por su representacion; pero no en los que herede de su padre natural, ò de otra parte, porque tocan à sus parientes ab intestato, en caso que el Testador, ò donante no disponga de ellos à favor de otro. (3)

Que-

(1) Leyes 6. tit. 5. y 3. al fin, tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley 6. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. num. 3.

(3) Ley 9. tit. 5. Partid. 6.

153 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que succede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinte y cinco años, capáz de testar, y sin herederos legitimos, le instituyera por su heredero en Testamento perfecto. Lo qual se entiende, no teniendo prohibicion de serlo, pues si la tiene, no gozará la herencia, y antes bien pasará à los que deben heredar ab intestato al pupilo. (1) Pero el substituto ha de aceptar no solo los bienes que tocan al pupilo por parte paterna, y materna, sino por otro pariente, ò estraño, título, ò causa, (ya sea instituido por heredero juntamente con él, ò solo nombrado por su substituto,) y de no aceptarlos, nada llevará, porque como le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion, ni aceptacion parcial. (2) Lo que prevendrá el Escribano en le cláusula de heredero, estendiendola de esta suerte: *Instituyo por heredero de todos mis bienes à Pedro mi hijo legitimo menor de catorce años, y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero à Juan, à quien substituyo, para que le succeda no solo en los mios, sino en los demás, que durante su pupilar edad adquiriere, y recayeren en él asi por parte materna, como por sus consanguineos, y por otra qualquier persona, y título universal, y particular, aceptandolos todos, y no en otros terminos.*

154 Puede el padre del pupilo segun el derecho Comun, y el de las Partidas, excluir à la madre de éste de la succesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar expresa, y no tácita: (3) lo que parece repugna, atendida la disposicion de la *ley* 6. *de Toro*, que dice: *Que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legitimos ex testamento, y ab intestato*: y que si el hijo fallece bajo de Testamento dentro de la pubertad, está privado de disponer de mas que de la tercera parte de los suyos, segun la misma ley; pero como testa *nomine proprio* de los de su hi-

jo,

(1) Ley 7. tit. 5. Partid. 6.
(2) Ley 8. tit. 5. Partid. 6.
(3) Ley 12. titulo 5. Partid. 6. Gomez, lib. 1. Variar. cap. 4. n. 8.

jo, del mismo modo que si fueran suyos, y éste no existiera *in rerum natura*, y no está obligado à ceñirse à la ley, que habla privativamente con él, y le limita las facultades, ni à dexar à su muger por su heredera: ni ésta puede querellar de inoficioso su Testamento por la pretericion: ni se le debe la legitima por derecho natural como al hijo, sino por el positivo que se la puede dar, y quitar: por eso, y por otras razones que traen los Autores, tiene potestad de excluirla; y asi la ley de Toro debe entenderse, quando el hijo muere dentro de la pubertad, ò no es substituido pupilarmente, mas no en este caso que la misma ley excluye en quanto dice: *En caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ò descendientes legitimos, ò que hayan derecho de heredarlos*, pues uno de los que tienen este derecho, es el substituto pupilar, como he sentado al fin del num. 119, por lo que no corrige la de Partida que lo permite; (1) por cuyas razones, y por otras que expongo en el lib. 2. cap. 4. n. 9. de mi segunda parte adicionada, parece no queda duda en que la madre puede ser excluida por el padre en virtud de la substitucion pupilar, y que por consiguiente lo pueden ser los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres igualmente: haciendo el padre Testamento por él, no puede privar à la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mimo hijo puede disponer en uso de la permision de la ley sexta citada: y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo: por estas razones, por estár hoy tan limitados los derechos de la patria potestad, negar aquellos que el padre testa en su nombre, y afirmar que lo hace en el de su hijo de quien son los bienes, pues por ser pupilo, no está privado de heredarle: hày decisiones varias acerca de esta substitucion, y para evitar dudas, y pleytos convendria que el Soberano declaráse lo que se debia practicar; y mientras llega es-

(1) Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. num. 7. & ibi Aillon num. 9.

este caso, si el padre quiere que el substituto no quede privado de todo, puede añadir à la cláusula de substitucion lo siguiente: *Y en caso que esta substitucion no se verifique en el todo, quiero que valga à lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad, y usufruto para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con cuya adicion no se le privará de la tercera parte, como no conteniendola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo, y no bastar la potencia, pues ambas deben concurrir à fin de que sea válido el legado.

155 Fallece, y queda ineficáz la substitucion pupilar por siete causas: La primera, quando los pupilos llegan à la pubertad: La segunda, quando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos; ò la Ciudad, v. gr. siendo desterrados para siempre fuera de su patria; ò la familia, v. g. siendo emancipados, ò prohijados, y pasando à poder del prohijador; ò saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si éste fuere cautivo, no espirará la substitucion hecha antes de serlo. La tercera, quando pierden la Ciudad, y la familia, mas no la libertad. La quarta, quando el Testamento en que se hizo la substitucion, se rompe, y anula por alguna causa legal. La quinta, quando el Testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernascencia de algun hijo, ò hija, de quienes su padre no hizo mencion específica, ni genérica en dicho Testamento. Y la septima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entonces revive la substitucion; (1) bien que hoy no se verifica esta causa, porque los Tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Y se previene lo primero, que la pupilar edad en los varones llega hasta los catorce años, y en las hembras hasta los doce en

(1) Ley 10. tit. 5. Part. 6.

en todos los casos, excepto en quanto à los alimentos; por lo que si se dexan éstos à algun menor hasta que llegue à la pubertad, se entiende en el varon hasta los diez y ocho años, y en la hembra, hasta los catorce, lo qual se estableció asi por razon de piedad à beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no tienen arte, ni industria para mantenerse. (1) Y lo segundo que si el substituto muere antes que el instituido, no transmite en otro el derecho que tenia à succeder por la substitucion pupilar; (2) excepto en su substituto: ò que este sea de los hijos, ò descendientes del instituyente: (3) ò quando la substitucion pupilar está unida con el derecho de acrecer, pues entonces se transmite aunque el substituto sea extraño; (4) en cuyo caso sucederá por la pupilar, y no por el derecho de acrecer.

§. IX.

SUBSTITUCION EXEMPLAR.

156 LA substitucion exemplar *es un Testamento, que los padres hacen por sus hijos incapaces de testar por causa de locura, fatuidad, ù otra enfermedad semejante. O una substitucion directa que los ascendientes hacen à sus hijos, y descendientes fatuos, locos, y desmemoriados, aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento.*

(1) Ley Mela, §. Certe, ff. de Aliment. & cibar. legat. Gomez, lib. 1. Var. cap 4. num. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 157. num. 37. Escobar, comput. 4.

(2) Ley Qui liberos, §. Hæc verba: y ley Sed si plures, ff. de Vulgar. & pupilar. substitut.

(3) Bart. in dict. leg. Sed si plures, §. Quos possum.

(4) Ley Qui patri. ff. de Adquirend. hæreditat. Bald. Consil. 9. lib. 2. Nata Consil. 68. num.8. lib. 1.

to. Pueden hacerla el padre, madre, y abuelos à sus hijos legitimos de ambos sexos, ya estén en su poder, ò casados, ò emancipados: y tambien la madre à los naturales, quando se les debe su legitima; pero no à los expurios: y à los legitimos si se conserva viuda, pues pasando à segundo, ò tercero matrimonio, es opinable si podrá, ò no; acerca de lo qual vease à *Gomez*, *lib.* 1. *Var. cap.* 6. *num.* 9. *& ibi. Aillon. num.* 10. El padre no puede substituir exemplarmente à sus hijos expurios, ni à los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *exemplar*, porque se hace à imitacion, y exemplo de la pupilar: y se ordena en estos terminos: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo, y si falleciere en la locura, ò fatuidad que padece, establezco por su heredero à Juan su hermano*: en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia, ò fatuidad, heredará el substituto todos sus bienes. (1)

157 Pero en esta substitucion se ha de observar precisamente este orden: primero, nombrar por substitutos à los hijos del loco, fatuo, ò desmemoriado; pues aunque los tenga, puede ser substituido exemplarmente: à falta de ellos à los nietos, y demás descendientes por su orden, y grado: no teniendolos, à sus hermanos enteros, ò medios, con tal que seân de la linea del ascendiente que los substituye, y à los hijos que los muertos hayan dexado, pues entran en su lugar, y los representan: y en defecto de todos, à los estraños, como lo dice la *ley* 11. *tit.* 5. *Partid.* 6. *Pero si este loco, à quien dán el substituto, oviere fijo, ò nieto, ò alguno de los otros, que descendiesen por derecha liña de él, debenlos substituir en su lugar, è non otros: è si alguno de estos non oviere, estonce le pueden dar por substituto à su hermano, si lo oviere; è si non oviere hermano, puedenle dár por su substituto otro estraño.* (2) De cuya ley se colige que por medio de esta substitucion

(1) Leyes 1. y 11. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 6. num. 6. & ibi. Aillon, num. 7.

(2) Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 7.

cion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la succesion de los bienes del loco, ò fatuo, sobre lo qual hay variedad de opiniones: yo soy de dictamen que no puede hacerlo, porque en esta subtitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion, y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la sexta de Toro, que es posterior, y ser llamados à la herencia los ascendientes antes que los hermanos del loco, y que el estraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los Autores que se citan, (1) pues por evitar proligidad, omito explicarlos.

158 Pueden tambien el padre, y la madre substituir exemplarmente, observando el orden expresado, à sus hijos mudos, y totalmente sordos *à nativitate*, ò por enfermedad, que no saben leer, ni escribir, porque están incapaces de testar; pero no, si lo son por enfermedad, y saben leer, y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran. (2)

159 Fallece, y se desata la substitucion exemplar por una de tres causas: La primera, quando el loco, fatuo, ò desmemoriado recobra su juicio, ò memoria, y no buelve despues à su locura, pues si buelve, convalece la substitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, quando le nace despues hijo, ò hija. Y la tercera, quando el que la hizo, la revoca por Testamento posterior. (3) Y se advierte que los descendientes no pueden substituir exemplarmente à sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus Curadores, porque nin-

(1) Señor Gregor. Lop. en la ley 11. tit. 5. Partid. 6. verb. Otro estraño. Señor Covarrub. de Testam. cap. Rainutius, §. 6. num. penult Gom. lib. 1. Variar. cap. 6. n. 7. y 9.

(2) Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num 3. 4. y 10.

(3) Ley 11. al fin, tit. 5. Partid. 6. ley Humanitatis Cod. de Impuber. & aliis Substit. vers. Ita tamen: y ley penult. §. fin. Cod de Curator furios. Gom. dicho cap. 6. num. 11. vers. Dubium tamen:::

ningun derecho les concede esta facultad, como afirman *Gom. lib.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 10. y otros.

§. X.

SUBSTITUCION VULGAR.

160 LA substitucion vulgar *es cierta substitucion directa, que qualquiera Testador hace al heredero que instituye. O una substitucion directa, que puede ser hecha à todos, y por todos.* (1) Es facil en su forma, y concepcion, por no tener especialidad alguna. Se llamâ *vulgar*, porque el padre, madre, abuelos, y qualquiera del Pueblo, ò vulgo pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero; pero à los hijos no se puede substituir vulgarmente sino para el caso de noluntad, ò abstinencia de la herencia. (2). Y se hace *manifiesta*, y *tácitamente*: manifiestamente, v. gr. *Establezco à Pedro por mi heredero, y si no lo fuere, à Antonio*; pues si el primero muere antes de entrar en la herencia, ò no quiere admitirla, la llevará el segundo: y lo mismo sucederá, si vá discurriendo con ella; por lo que si los primeros no la aceptan, ò fallecen antes de entrar en ella, la llevará el que quede; de suerte que para poder obtenerla el ultimo instituido, han de morir antes de su aceptacion, ò repudiarla los que primero lo fueron. (3) Tácitamente, v. gr. *Nombro por mis herederos à Pedro, Antonio, y Juan, para que el que me sobreviva, sea mi heredero.* Si à la sazon viven todos, llevarán

(1) Leyes 1. y 2. tit. 5. Partid. 6.

(2) Ley Si posthumus, §. Quod vulgo, ff. de Liber. & posthnm. Vinn. in §. de Vulgar. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. num. 10. vers. Septimo infero.

(3) Sr. Covar. de Testam. cap. Raynutius, §. 4 Gom. lib. 1. Var. cap. 3. num. 14.

rán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, la percibirá integramente (1)

161 Si el Testador instituye por sus herederos, v. gr. à tres: à uno en la quinta, à otro en la sexta, y à otro en la octava parte de sus bienes, y alguno de ellos muere, ò no quiere la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino à prorrata con arreglo à la institucion; (2) y la razon es, porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho, y regla que la institucion, y disposicion, y respecto ser hecha ésta en partes desiguales, debe ser aquella lo mismo, pues lo accesorio sigue à lo principal. Lo qual se limita en tres casos: El primero, quando el Testador manda lo contrario. El segundo, quando del gravamen impuesto igualmente à los herederos se colige otra cosa. (3) Y el tercero en el de la ley *Cohæredi* 41. *ff. de Vulgari, & pupilari substitution.* §. 4. que dice: *Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit*: quos Hæredes meos invicem substituo: *Conjunctis primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes cohæredes admiti.* Fallece la substitucion vulgar luego que el primero instituido entra en la herencia, ò la acepta. (4) Para mejor instruccion de ella vease à *Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 3. y à *Aillon.*

(1) Ley 2. tit. 5. Partid. 6.
(2) Ley 3. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. dicho. & ibi. Aill.
(3) Ley Quotiens 23. ff. ad Trebellian. y ley Utrum 7. §. fin. ff. de Rebus dub. Sr. Greg Lop. en dicha ley 3. glos. fin.
(4) Ley 4. tit. 5. Partid. 6.

§. XI.

SUBSTITUCION COMPENDIOSA.

162 LA substitucion compendiosa *es una substitucion directa, que comprende, y puede comprender à todos los herederos instituidos, y à sus tiempos, edades, y bienes que el Testador les dexa. O una substitucion, que bajo del compendio de palabras contiene diferentes substituciones por la multitud, y variedad de tiempos.* (1) Solo el padre puede hacerla à sus hijos impuberes, que están en su poder, y se ordena en esta forma: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan.* En cuyo caso si el Testador es Cavallero, ò Soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el substituto todos los bienes de éste por virtud de la substitucion pupilar, que se verifica en ésta, y su madre nada: y si fallece sin Testamento estando en la pubertad, llevará su madre unicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por qualquier título, y las sepulturas que le pertenecieren por linea paterna, y los demás bienes serán para el substituto; mas si el Testador Cavallero nombra por su heredero à un estraño, y lo substituye, llevará el substituto la herencia en qualquier tiempo que éste muera intestado.

163 Si el Testador no es Cavallero, y el hijo à quien substituye, muere en la edad pupilar, llevará el substituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada: y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en,

(1) Sr. Covar. de Testament. cap. Raynut. §. 9. num. 2. Gomez, lib. 1. Var. cap. 7. num. 1.

en su defecto para sus mas propinquos parientes. Pero si el Testador dice: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo menor de catorce años, y en qualquier tiempo que muera, substituyo en su lugar à Juan: ò quiero que Juan sea su heredero.* En este caso muriendo dentro de la pubertad sin succesion legitima, llevará su madre las sepulturas que le tocaren por la linea paterna, y la tercera parte de sus bienes, y el substituto las otras dos: todo lo qual es conforme à una ley de Partida que de ello trata. (1)

164 Pero en mi concepto no debe seguirse hoy en quanto à no heredar la madre enteramente à su hijo, que muere intestado sin legitima succesion dentro de la pubertad, porque la *ley 6. de Toro* manda indistamente sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legitimos herederos *ex testamento*, y *ab intestato* de sus descendientes legitimos: el padre no puede substituir pupilarmente à su hijo capáz de testar, pues entrando en la pubertad, cesa la substitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, y jamás revive: (2) y de observarse la disposicion de la ley de Partida, se infringiria la de Toro, que es posterior, y verificaria que la substitucion pupilar existia con su vigor en la pubertad, al modo que en la edad pupilar, lo que no puede ser; por lo que, y por otras razones que aducen los Autores, (3) tengo por impracticable en el caso propuesto la mencionada ley de Partida.

(1) Ley 12. tit. 5. Partid. 6.
(2) Leyes 1. tit. 18. Partid. 4. y Qui liberatus 12. ff. de Adoptionib.

(3) Señor Gregorio Lopez en la ley 12. tit. 5. Partid. 6. Señor Covar. cap. Raynutius. Gomez, lib. 1. Variar. cap. 7.

§. XII.

§. XII.

SUBSTITUCION BREVILOQUA.

165 LA substitucion breviloqua, ò reciproca *es una substitucion directa, que se hace mutuamente à algunos herederos instituidos, ò exheredados por defecto de otros.* Llamase *breviloqua*, porque se hace brevemente, ò con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla à sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos à Pedro, y Juan mis dos hijos legitimos menores de catorce años, y los hago mutuamente substitutos uno del otro.* Y de esta: *Instituyo por mis herederos à Pedro, y Juan mis dos hijos legitimos, que están en la edad pupilar, y los substituyo de forma que el uno sea heredero del otro.* En cuya substitucion se incluyen quatro, dos vulgares, y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ò de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido. (1)

§. XIII.

SUBSTITUCION FIDEICOMISARIA.

166 LA substitucion fideicomisaria *es una substitucion obliqua, ò una total, ò parcial restitucion de la herencia, que el Fiduciario debe hacer precisamen-*

(1) Ley 13. tit. 5. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 8.

mente aunque no quiera, al Fideicomisario como verdadero heredero en el efecto, y utilidad. (1) Llamase *obliqua* à diferencia de las demás, qne son *directas*, porque el verdadero heredero no percibe directa, è inmediatamente del Testador sus bienes, sino mediata, è indirectamente por medio, y mano de otro instituido, y gravado à su restitucion, que la recibe directamente del Testador, à la qual aunque lo resista, puede ser compelido: y *fideicomisaria*, porque es institucion de heredero puesta en la fé de alguno, à quien el Testador dexa la herencia, para que la entregue à otro incontinenti, ò al tiempo que le prefine. Puede hacerla el que tiene potestad para testar; (2) pero à los hijos no se debe gravar con fideicomiso en sus legitimas; (3) ni con otro gravamen, como dexo expuesto en el num. 111; por lo que el encargo de que restituyan la herencia al substituto, se entiende en el solo caso de que siendo mayores la repudien, ò no quieran aceptarla. Y la accion de pedir esta, no prescribe contra el Fideicomisario antes que se cumpla el dia, ò la condicion prefinída por el Testador al fiduciario, ò gravado para su restitucion, (4) por estár impedido de usar de ella.

167 De ningun efecto era, ni antes de el derecho de las doce tablas se conoció esta substitucion hasta el tiempo del Emperador Cesar Augusto el primero, porque los fiduciarios, ò herederos directos, que son los primeros instituidos que perciben, y deben restituir la herencia, ò la parte de ella en que lo son, (5) (bien que estos, y los verdaderos herederos, à quienes han de entregarla, se llaman hoy

(1) Leyes 1. ff. & Cod. ad Trebellian. §. 1. Instit. de fideicommis. hæred. y ley fin. tit. 5. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. num. 1. Ferrar. Biblioth. verb. Fideicommissum, num. 13.

(2) Ley 14. ò final, tit. 9. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 5.

(3) Ley Quoniam in prioribus 32. y ley Scimus 36. Cod. de Inofficios. Testam. Novel. 18. cap. 1. Novel. 22. cap. 48. y Novel. 39. cap. 1.

(4) Peregrin. de Fideicommis. art. 41. num. 3. Begnudel. Biblioth. verb. Fideicommis. §. 8.

(5) Murill. lib. 3. tit. 26. de Testam. num. 250. Ferrar. Biblioth. verb. Fideicommissum, n. 2. al 5.

hoy indistintamente *Fideicomisarios*,) alegaban que ninguno estaba obligado, ni debia ser compelido à dar à otro lo que el Testádor le habia dexado, y con que habia sido rogado; y para que lo tubiese, dió varias providencias, que no fueron suficientes, pues ninguno causaron, por lo que reconociendo Vespasiano Augusto (siendo Consules Pegasio, y Prusio,) y el Senado Romano que los fiduciarios no querian aceptar los fideicomisos por el sumo trabajo, cuidado, y responsabilidad que sin utilidad les ocasionaban, deliberó que en premio de él, y de la adicion, y restitucion de la herencia se quedasen con la quarta parte liquida de la en que fuesen instituidos, que en latin se llama *Trebellianica*, y tomó este nombre de *Trebelio* Consul, y Autor del Senado Consulto Trebeliano; y lo mismo está dispuesto por nuestras leyes de Partida. (1) Puede el Testador hacer el encargo al Fiduciario deprecativa, ò preceptivamente, que es rogandole, ò mandandole que restituya la herencia al Fideicomisario que instituye, luego que entre en ella, ò al tiempo que le prefina; cuya parte le toca, (2) y puede retener, cumpliendo con su restitucion, y la cláusula se ordena asi: *Instituyo por mi heredero à Pedro Fernandez, y le ruego, ò quiero, y mando que entregue incontinenti à Juan mis bienes.* O diga: *O quiero que los tenga en su poder tanto tiempo, y pasado que sea, mando que los entregue à Juan.* Todo lo qual tiene lugar solamente entre herederos estraños, pues à los legitimos no se puede gravar con fideicomiso, ni de otra suerte en su legitima, y asi se entiende, muriendo el Testador sin ellos. (3) Y se entiende tambien quando este no prohibe su detraccion, pues puede hacerlo por palabras especiales, ò generales, al modo que la *Falcidia*, (4) porque ver-

(1) Leyes 14. tit. 5. y fin. tit. 11. Partid. 6 y 1. ff ad Trebellian. Gallerat. Centur. 1. renuntiat. 49. n. 1. Murillo ibi. Ferrar. Biblioth. verb. Falcidia, n. 4. al 6.

(2) Ley 14. tit. 5. Partid. 6.

(3) Ley 10. ff. de Condit. & demonstr. y ley 30. Cod. de Fideicom.

(4) Gom. lib. 1. Variar. cap. 5. num.

versa identidad de razon, no obstante que algunos dicen lo contrario. Previniendo que el Fiduciario rogado no está obligado en caso de duda à restituir la herencia hasta su muerte al Fideicomisario, sino le prefine tiempo el Testador (1) para su entrega.

168 Debe el Fiduciario incluir, y contar en dicha quarta todo lo que el Testador le legó, y los frutos que percibió de la herencia, mientras la tubo en su poder, y si estos equivalen à aquella, restituirla íntegra al verdadero heredero; mas si no equivalen, puede detraer unicamente de la herencia lo que falte para completar la quarta, la qual no debe producirle frutos antes de la restitucion. Para su detraccion, y exaccion se ha de considerar el valor liquido efectivo, que deducidas deudas, y expensas funerarias del Testador, y no los legados, tenian sus bienes al tiempo de su muerte. (2) Si los frutos importan mas que la quarta, y el Fiduciario entrega la herencia al verdadero heredero al tiempo prefinido por el Testador, puede quedarse con todos como quarta parte de esta, y si no se lo prefinió, y el heredero sabiendolo, es negligente en demandarsela, llevará todos los que ha producido à mas de la quarta parte; pero si se resiste maliciosamente à su entrega, ò la difiere, tiene obligacion de restituir el exceso que haya de los frutos al importe de la quarta con toda la herencia; y para poder retener aquella, ha de aceptar esta libre, y espontaneamente, y entrar en ella, porque si dá lugar à que se le compela à su adicion, ò admision, nada llevará, antes bien deberá restituirla enteramente al verdadero heredero con todos los frutos; y asimismo satisfacer las deudas del Testador à prorrata de lo que per-

num. 11. & ibi. Ayllon, Matienz. en la ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. glos. 19. Sr. Covar. in cap Raynaldus, §. 3. num. 6. de Testam. Jul. Car. §. Testam. quæst. 62. Galerat. ibi n. fin.

(1) Ley Epistolam, ff. ad Trebellian. Parlador. differ. 17. n. 6.

(2) §. Sed quia, Institut. de Fideicommissar. hæredit. y el tit. Cod. ad Senatus Consult. Trebellian. Sr. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 11. Partid. 6. glos. 12.

perciba de sus bienes; (1) y lo mismo sucederá en todos los casos en que no se deduce la Falcidia. (2) Acerca de lo qual vease à *Parlador. lib.* 1. *Rer. cap.* 11. *y al Señor Molin. de Primogeni. lib.* 1. *cap.* 17. que lo tratan latamente. En quanto à si el Fiduciario está, ò no obligado à inventariar los bienes del Testador, y en caso de no practicarlo, perderá, ò no la quarta Tebelianica, vease à *Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 5. *num.* 12. y à su Adiccionador *Ayllon num.* 14. y lo que diré en el tratado del inventario en mi segunda parte.

§. XIV.

COMO PUEDEN HEREDAR *los estraños.*

169 LOS que carecen de ascendientes, y descendientes legitimos, (que son los herederos forzosos) pueden repartir sus bienes entre personas estrañas, no siendo de las que tienen prohibicion legal de heredar: dexar de ellos à cada una la parte que quisieren: (3) è imponerles, y en la herencia las posibles, y honestas condiciones, y gravamenes que le parezca, las que para entrar en ella deben cumplir, ò dar seguridad de que las cumplirán, ò hacer para ello las diligencias conducentes; (4) sin que sus hermanos, ni otro pariente puedan impedirselo, pues

(1) Ley fin. tit. 11. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. Card. de Luca, de Legitima trebellianica. Carval. part. 1. num 89. y sig. Cevallos, quæst. 28. 29. 30. y 665. num. 10.

(2) Muril. dicho num. 250.

(3) Leyes 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. 1. y 12. tit. 7. Part. 6. y 9. y 11. Cod. de Hæredib. instituend.

(4) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9 Partid. 6.

pues tienen facultad de excluirlos de su succesion con razon, ò sin ella; (1) y por consiguiente pueden siendo hijo, ò padre estraño el instituido, eximirle de la sujecion à las leyes de tal, y concederle facultad para disponer libremente de los bienes que le dexan, entre otros estraños, ò á favor de quien quisiere, sin estár obligado à dexarlos à sus ascendientes, ni descendientes, como los demás que por otra razon le toquen: pues à instituirlos en estos lo están, y à excepcion de los ascendientes, y descendientes legitimos todos los demás se reputan para este efecto estraños, aunque sean hermanos del Testador, porque no traen el ser, ò existencia, ni derivan unos de otros, como los descendientes de sus ascendientes. Pero à la verdad los parientes pobres si lo merecen, deben ser preferidos à los estraños en iguales circunstancias, por ser mas cercanos, (pues todos somos parientes, como descendientes de un mismo tronco,) aunque los estraños tengan igual, ò mayor indigencia, y el Escribano aconsejar al Testador que les dexe su hacienda, y que si hace lo contrario, no asegura su conciencia, como se prueba de lo que respondió San Agustin: *Si quis habet consanguineum pauperem, & extraneum instituit hæredem, alium quærat pro consilio quam Augustinum.* Pero no mereciendolo, será darles fomento, y pábulo para ser peores, y mas ingratos, porque creen que todo se les debe de fuero, y nada agradecen, y asi no deben ser atendidos, pues el ingrato, y de mala conducta, de nadie es pariente, sino de el que imita, que es el padre de las tinieblas, por cuya razon no hay precepto legal que obligue à dexarlos precisamente por herederos, no siendo ascendientes, ò descendientes, aunque algunos insensatos, è ilusos sin hacer distincion, opinan de otra suerte. De lo qual se deduce que el Testador puede prohibir al padre del menor pariente, ò estraño que instituye heredero, el manejo, intervencion, y usufruto de los bienes que le dexa, y nombrar persona de su confianza que los administre, y

(1) Leyes 1. y 12. tit. 7. Part. 6. Sr. Greg. Lop. en ellas.

y cuide de ellos, y de la persona del heredero menor, loco, ò fatuo, si tiene sospecha, ò ciencia de que el padre es de mala conducta.

170 Instituyendo el Testador por su heredero à alguno en cierta cosa particular, v. gr. tierra, viña, ù otra, aunque haga despues otro Testamento, si en él no nombra heredero, debe llevar enteramente el particular (por derecho de acrecer) sus bienes, representandole en el todo, sin embargo de ser establecido en una cosa sola, *quia institutio in rebus certis nullo alio hærede instituto, intelligitur universalis*: Y tambien cumplir los legados, y lo demás que el Testamento contenga; (1) pues de no heredarlos todos, se verificaria que el Testador moria en parte testado, y en parte intestado, lo qual repugna. (2) Y si en Testamento posterior establece nuevo heredero, solo llevará el nombrado en el primero aquella cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia. (3) Lo qual se entiende, no conteniendo éste revocacion de los precedentes, porque si la contiene, nada llevará el instituido en aquel, pues el ultimo perfecto revoca los anteriores, excepto en ciertos casos que prefine el derecho, y explicaré en el §. XVII.

171 Siendo instituidos dos en un Testamento por herederos, y cada uno en cosa determinada, si el Testador no dispone del resto de sus bienes, los heredarán ambos igualmente, percibiendo primero las respectivas alhajas en que fueron nombrados, y luego la herencia por mitad, pagando en esta forma las deudas del Testador. Y si éste nombra por su heredero à uno en cosa señalada, y à otros dos en otra, y no dispone del residuo de sus bienes, los partirán todos tres de esta suerte: El heredero unico llevará la mitad, y los dos la otra mitad, à menos que el Testador mande que hereden todos con igualdad; pero en ambos ca-

(1) Ley 14. tit. 3. Partid. 6.

(2) Ley Jus nostrum 6. ff. de Reg. jur. §. Hæreditas 5. vers. sic. & si unum :: Instit. de Hæredib. instituend. Gomez, lib. 1. Var. cap. 10. num. 8. 9. y 10.

(3) Ley 14. tit. 3. Partid. 6.

casos ha de percibir cada uno ante todas cosas aquella en que le instituyó. (1)

172 Si nombra por sus herederos à tres, ò quatro juntos, no expresando quanto ha de llevar cada uno: todos heredarán con igualdad sus bienes. Y si instituye à personas determinadas en cosas ciertas, y à otra tambien, pero sin decir lo que ésta ha de heredar, percibirán aquellas las que les señaló, y la otra, à quien nada dexó, el resto de la herencia; y lo mismo sucederá aunque sean dos, ò mas los instituidos sin expresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto. (2)

173 Y si instituye à quatro por sus herederos, prefiniendo à los dos una misma cosa en esta forma: *Instituyo por mis herederos à Juan, Diego, Antonio, y Francisco, y mando à Juan la mitad de mis bienes, y à Diego la otra mitad.* Y à los otros dos nada; heredarán los primeros la mitad de la herencia, y la otra mitad los otros dos, à quienes nada dexó; de modo que se ha de partir igualmente entre los quatro, ya sean instituidos al principio, medio, ò fin del Testamento. Lo propio se observará, si divide su hacienda en quatro partes iguales, nombrando à tres por herederos de las tres, y no haciendo mencion de la quarta, pues la llevarán íntegra los tres instituidos. Mas si dexa à alguno de ellos mayor porcion que à los otros, deben partir la quarta à prorrata de la institucion; (3) y lo mismo se ha de practicar en las mandas. (4)

174 Pero si nombra por herederos à tres: à uno de la mitad, à otro de la tercera, y à otro de la quarta parte de sus bienes, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion, ò de *Tres*, pues de otro modo saldrá alguno perjudicado, v. gr. importa la herencia doce, cuya mitad son seis, la tercera parte quatro, y la quarta tres, que

(1) Ley 14. tit. 3. Partid. 6. Mantica, de Conject. ult. volunt. lib. 3. tit. 10. num. 9. lib. 4. tit. 3. num. 17. y lib. 7. tit 1. num. 39. Gom. lib. 1. Var. cap. 10.

(2) Ley 17. tit. 3. Partid. 6.

(3) Dicha ley 17.

(4) Ley 33 tit. 9. Part. 6 Gomez, lib. 1. Var. cap. 2. num 3. y cap. 12. num. 20. & ibi. Aillon.

que unidos suman trece, y sobra uno: para que la division sea justificada, debe formarse la cuenta de esta suerte: Si trece me dán seis, doce qué me darán? Y asi para los demás coherederos, y lo que saliere al quociente, se aplicará à cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia; lo que tendrá presente el Escribano por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan esta especie, y executandose en los terminos expuestos, se cumple la voluntad del Testador, y à ningun heredero se irroga detrimento. De estos herederos trataré con mas extension en el lib. 2. cap. 8. de mi segunda parte.

§. XV.

PROHIBIDOS DE HEREDAR.

175 NO deben heredar, ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, (que llaman *Deportados*) los condenados à servir perpetuamente en las minas, ò labores del Rey; (pero estos pueden ser legatarios) el herege declarado por tal en juicio; el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los Christianos que apostatan de nuestra Santa Religion: la Cofradía, ò Ayuntamiento erigidos contra derecho, ò contra la Real voluntad: ni el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parienta dentro del quarto grado, sabiendo sus padres el impedimento, ò de Clerigo ordenado *in sacris*, Frayle, ò Monja profesos, ò de muger casada con otro (1)

176 Tampoco debe serlo el traydor declarado, ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar à sus padres, sino à otro qualquiera pariente, ò estraño, y de

(1) Leyes 4. tit. 3. Part. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Recop.

de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres. (1) En la misma pena incurren los que dan consejo, ò ayudan à hacer la traycion: los bienes de todos recaen en el Fisco, excepto que toquen à tercero, v. gr. muger, ù otro acreedor: y sus hijos quedan infamados para siempre. (2)

177 Los Religiosos de San Francisco asi de Observancia como de Reforma, y sus Conventos no pueden ser herederos: (3) Pero acerca de la inteligencia de esto vease lo que diré desde el num. 308. al 310. Asimismo no pueden serlo los de la Casa Profesa de la Compañia llamada de Jesus, ni sus Colegios, ni Iglesias por su representacion, pero sí por otra parte, ò título: (4) ni el que profesó sin licencia de su Religion: ni el que vió herir, matar, ò cautivar à su Señor, y no lo socorrió pudiendo: ni tampoco el alevoso. (5) El Confesor que asiste al Testador en su ultima enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, Convento, ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad, les dexa; y el Escribano que autoriza semejante disposicion, incurre por la primera vez en pena de 200. ducados, y suspension de oficio por dos años; y por la segunda en doble multa, y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20. ducados. (6) A los Eclesiasticos, è Iglesias está prohibido adquirir bienes raices por Testamento, compra, ò en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren à sus manos por Testamentos, Aniversarios, y Capellanías; (7) pero no lo obser-

(1) Leyes 2. tit. 2. Partid. 7. y 1. 2. y 4. tit. 18. lib. 8. Recop.

(2) Dichas leyes ultimamente citadas.

(3) Clementin. Exivi: versic. Quia igitur: de Verbor. significat. Concil. Trident. Ses. 25. cap. 3. de Regularib.

(4) Part. 6. Constit. cap. 2. §§. 5. y 12.

(5) Ley 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(6) Auto 3. tit. 10. lib. 5. Recop. y Reales Cédulas de 18. de Agosto de 1771. y 13. de Febrero de 1783.

(7) Auto 2. tit. 10. lib. 5. Recopil.

servan. De todo lo qual se deduce que unos se llaman *incapaces*, y otros *indignos* de ser herederos: Los indignos son aquellos, que aunque por derecho no se les prohibe ser instituidos, pero se les quita la herencia, y se aplica al Fisco, ò à los parientes ab intestato, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros limitada, ò respectivamente; los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos, v. gr. los hijos naturales habiendolos legitimos. (1)

§. XVI.

EXHEREDACION.

178 QUeda explicado quienes pueden, y deben ser instituidos por herederos, y tienen prohibicion legal de serlo: resta expresar por qué causas pueden ser exheredados, y perder la herencia, aunque en virtud de institucion hayan entrado en ella: y si los padres podrán nombrar por herederos à sus hijos naturales, siendo exheredados legitimamente los forzosos, ò siendo Frayles profesos de San Francisco, ò de otras Religiones, cuyos Conventos, y Religiosos por su instituto están privados de poseer bienes en comun, y en particular; pero antes de proceder à su explicacion, es preciso saber qué cosa es la exheredacion, y quién puede exheredar, à quién, y cómo; y en exposicion de estos puntos, digo que la exheredacion, ò abdicacion *es un acto que priva al hombre del derecho, que tiene à heredar los bienes de sus* ac-

(1) Murillo, lib. 3. tit. 26. de Testam. num. 244.

ascendientes, descendientes, y demás consanguineos. (1) El que es capáz de testar, puede exheredar al que tiene derecho à su hacienda: (2) pues en él que no lo tiene, no cae propiamente la exheredacion; (3) por lo que al que ocupa el segundo lugar, v. gr. el nieto, no es necesario instituir, ni exheredar, à menos que el padre fallezca, viviendo el abuelo, pues entonces puede romper el Testamento de éste su nieto, por la pretericion, ò exheredacion. (4) Debe hacer la exheredacion, nombrando al exheredado por su nombre, ò apellido, ò por otra señal cierta, y verbal, que no dexe duda de su persona, ya sea varon, ò hembra, que esté, ò no en su poder: (5) y exheredarle sin condicion alguna en el todo de sus bienes, ò en nada, y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte exheredado; (6) al modo que tampoco puede representar, y no representar al Testador. Pero el posthumo no puede ser exheredado, porque hoy se requiere causa, y no es capaz de darla para su exheredacion. (7)

179 En estos Reynos de Castilla tienen facultad los ascendientes de exheredar à sus legitimos descendientes por muchas causas, que incluyen, y comprenden las siguientes: la primera, por poner en ellos las manos ayradas para prenderlos, ò herirlos: ò maquinar su muerte con yerbas, veneno, ò en otra forma: ò su daño, de suerte que pierdan, ò se les menoscabe gran parte de su hacienda: ò acusarlos de delito porque deben morir, ò ser desterrados; pero si el crimen es de lesa Magestad, y los descendientes lo

(1) Ley 1. tit. 7. Partid. 6.
(2) Ley 2. tit. 7. Partid. 6.
(3) Ley Quidam 132. ff. de Verbor. obligation.
(4) Ley Si quis posthumus, §. Si filium, ff. de Liber. & posthum. y ☞ Gallus, ff. eod. tit. Parlador. different. 148.
(5) Ley 3. tit. 7. Partid. 6.
(6) Leyes Cum quiddam 19. ff. de Liber. & posthum. Si ita quis 74. ff. de Hæredib. instituend. y 3. al fin, tit. 7. Part. 6. Sr. Molin. de Hisp. primog lib. 1. cap. 9. n. 20.
(7) Authent. Ut de Appellat. §. Causas: y §. Sive igitur: Caldas de Inofficios. Testam. § Posthumi quoque, num. 75. Lara de Vita homin. cap. 2. num. 26.

lo prueban, no deben ser exheredados por esta razon. (1)

180 La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos: ò tener acceso carnal con su madrastra, ò con amiga, que se prostituye à sus ascendientes, sabiendolo: ò ser hechiceros, ò encantadores: ò vivir con los que lo son. (2)

181 La tercera, por no fiarlos pudiendo, para que salgan de la prision; (pero esta causa no comprende à las hembras, porque las está prohibido ser fiadoras, como expondré en el Capitulo IV. §. IV. n. 107. y §. V. n. 125.) ò por impedirles que testen, pues si luego hacen Testamento, pueden exheredarlos; y si el hijo impide à su padre que dexe algun legado à otro, puede el Legatario acusarle de este delito, y probandoselo, debe perder la herencia, y la llevará el Rey, y el Legatario su legado, como si en el Testamento se lo hubiera dexado. (3)

182 La quarta, por lidiar por dinero con hombre, ò bestia contra la voluntad de su padre, ò hacerse Juglares, ò Representantes de profesion, no siendolo éste. La quinta, quando la hija resiste casarse, queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si quiere, y su padre lo difiere hasta los veinte y cinco años: pasados que sean, aunque se prostituya, ò se case contra su voluntad, no puede exheredarla. (4) Y sin embargo de que antiguamente se casasen los hijos contra la voluntad de sus padres, no podian exheredarlos, por no necesitar para ello su consentimiento segun el Concilio de Trento; (5) pero hoy podrá, en observancia de la Pragmatica de 23. de Marzo 1776. si no se casan con arreglo à lo que dispone.

183 La sexta, quando los descendientes no cuidan de recoger, y alimentar à su ascendiente, que perdió el juicio, y anda vagando, y un estraño movido de piedad lo recoge, y los avisa para que lo cuiden, y sin embargo no

(1) Ley 4. tit. 7. Partid. 6.
(2) Dicha ley 4.
(3) Ley 4. tit. 7. Partid. 6.
(4) Ley 5. tit. 7. Partid. 6. Sr. Greg. Lop. en ella.
(5) Concil. Trident. Ses. 24. cap. 1. de Reform. matrim.

no quieren: pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño todos sus bienes, y sus descendientes nada, y si recobra su juicio, puede exheredarlos; y aunque antes del frenesí, ò demencia tenga hecho Testamento, instituyendolos por herederos, si estando loco, muere en casa del estraño, no vale la institucion de heredero, pero sí las mandas que contenga. (1)

184 La septima, por no redimir (pudiendo) à sus ascendientes cautivos, ò ser en ello negligentes, pues si salen del cautiverio, y hacen Testamento, pueden exheredarlos, y si mueren en él, nada deben percibir de sus bienes, antes bien el Obispo de su Diocesi se ha de apoderar de ellos, inventariarlos, y distribuir su producto en la redencion de cautivos: (lo propio milita para con los demás parientes à falta de hijos,) y si antes de ser cautivos hicieron Testamento con institucion de heredero, éste no quiere redimirlos, y mueren en el cautiverio, es nula la institucion, y lo demás válido; pero para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser mayor de diez y ocho años, y siendolo, no le sirve de disculpa alegar que el Cautivo no le dió orden para enagenar, ù obligar sus bienes à fin de redimirlo, porque el derecho (2) le concede esta facultad, sin que sea necesario su precepto.

185 La octava, si los descendientes Christianos se pervierten, volviendose Judios, Moros, ò Hereges, siendo sus ascendientes Catholicos; pero si estos profesan alguna secta, y aquellos la Religion Catholica, deben instituirlos por herederos. Si tienen muchos hijos, unos Catholicos, y otros no, heredarán aquellos, y no estos à sus padres, y convirtiendose despues, se les debe entregar su legitima entera, mas los Catholicos pueden quedarse con los frutos que ésta ha producido. Si el padre, y sus hijos son hereges, y sus propinquos parientes Catholicos, estos solos llevarán la herencia, y si alguno es herege, y Clerigo, y tambien hereges todos sus parientes por linea recta, y transversal hasta

(1) Ley 5. tit. 7. Partid. 6. (2) Ley 6. tit. 7. Partid. 6.

ta el decimo grado, heredará la Iglesia sus bienes, demandandolos dentro del año siguiente al dia en que por tal se le declare; y no pidiendolos dentro de él, ò siendo lego, los llevará el Rey. (1)

186 Y la nona, si el hijo, ò hija en contravencion de lo dispuesto por el Santo Concilio de Trento en la *Ses.* 24. *cap.* 1. *de Reformat. matrimonii* contraen matrimonio que la Iglesia tiene por clandestino, pues por este hecho pueden ser exheredados, è incurren, y los que à él intervienen como testigos, en perdimiento de todos sus bienes, y destierro perpetuo de estos Reynos, y si despues entran en ellos, en pena de muerte; pero nadie puede acusarlos de éste delito si no su padre, y muerto éste, su madre: aunque en quanto à si hoy pueden exheredarlos por esta causa, hay sus dificultades, porque el matrimonio es nulo, y quando la pena se impuso, era válido, sobre lo qual vease à *Matienzo.* (2) Y asimismo es causa legitima para la exheredacion de los padres à sus hijos el contraer estos matrimonio sin el consentimiento de aquellos, siendo menores, ò sin tomar su consejo siendo mayores; y à falta de padres sin el de sus abuelos, tutores, y parientes, ò de la Justicia con arreglo à la Pragmatica de 23. de Marzo de 1776. y solo tienen derecho à los precisos, y correspondientes alimentos; y en la succesion de mayorazgos son postergados à todos los llamados segun los capitulos 3. al 6. de ella. Cuya pena civil se les impone por la falta de obediencia, y reverencia que deben tener à sus mayores, y para evitar los daños que por ella se irrogan à las familias, y al Estado, pues la juventud hace grandes desaciertos, y necesita freno fuerte que la contenga.

187 Para que valga la exheredacion de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes la causa, sino probarla, ò el heredero que instituyen, y de otra suerte no vale. (3)

Pe-

(1) Ley 7. tit. 7. Partid. 6.

(2) Ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. Matienz. en ella, glos. 7. n. 4. y 5.

(3) Leyes 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real. 10. tit. 7. y 7. tit. 8. Partid. 6.

Pero si el exheredado consiente la exheredacion en qualquier manera, no puede reclamarla despues, ni sobre ello debe ser oido en juicio. (1) Y si el Testamento en que se hizo, se rompe, ò lo revoca el Testador, no vále la exheredacion hecha en él, porque seria absurdo que esta fuese válida, y aquel nulo. (2)

188 Por ocho causas pueden los descendientes legitimos exheredar à sus descendientes: la primera, por acusarlos de delito porque deben morir, ò perder algun miembro, excepto que el delito sea de lesa Magestad. La segunda, por maquinar su muerte con yerbas, veneno, ù otra cosa. La tercera, por tener acceso carnal con su muger, ò amiga. La quarta, por impedirles disponer de sus bienes con arreglo à derecho. La quinta, por solicitar su padre la muerte de su madre, ò ésta la de aquel. La sexta, por no querer dar à sus descendientes locos, ò desmemoriados lo necesario para su vital conservacion. La septima, por no redimirlos de cautiverio pudiendo; y se previene que lo que en el num. 184. queda dicho del ascendiente sobre esta causa, procede del descendiente para con él. Y la octava, quando el ascendiente es herege, y el descendiente Catholico; por cuyas causas siendo probadas, y no de otra suerte, pueden los descendientes exheredar à sus legitimos ascendientes, y valdrá la exheredacion. (3)

189 Tiene tal fuerza la exheredacion, que el exheredado por qualquiera de las causas referidas, y justificadas, debe perder la herencia, y aunque el Testador declare muchas, y no pueda probar, ò su heredero mas que una, vale la exheredacion; pero si son otras diversas, no valdrá; (4) lo que se previene al Escribano para que teniendolas presentes, no autorice tal vez por contemplacion del Testador (como algunos lo hacen,) testamento con exheredacion que ha de ser infructuosa, y servir no mas que de pleytos,

(1) Ley 6. tit. 8. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. num. 15.

(2) Ley 2. tit. 7. Partid. 6. y en ella el Señor Greg. Lop. glos. 2.

(3) Ley 11. tit. 7. Partid. 6.

(4) Ley 8. tit. 7. Partid. 6.

tos, y gastos entre el exheredado, y herederos instituidos, pues aunque no incurre por ello en pena civil, gravará su conciencia; y será reputado por ignorante.

190 Por seis causas debe el heredero perder la herencia del que le instituyó por tal: la primera, quando éste fue muerto por obra, ò consejo de alguno de su compañia, y el heredero sabiendolo, entra en la herencia antes de quejarse del agresor al Juez, para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse de ellos dentro de cinco años, y si en este término no se queja, debe perderla, y llevarla el Rey. La segunda, si abre el testamento del Testador antes de acusar à los delinqüentes, estando cerciorado de los que son, pero si no lo está, ò es Aldeano necio, no la perderá por esta causa. La tercera, si el Testador ha sido muerto por obra, culpa, ò consejo de su heredero. La quarta, por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel. La quinta, si el hijo dice de falsedad del Testamento, ò Escritura en que fue instituido, siguiendo la instancia hasta su final decision, pues si se declara por veridico, pierde la herencia; y lo mismo será, si fuere Personero, ò Abogado en ella, à menos que lo haga por precepto del Rey, ò utilidad de algun huerfano. Y la sexta, si à ruego, ò por mandato del Testador entrega la herencia al que por derecho es incapáz de heredar, constandole su incapacidad; bien que no está obligado à cumplirlo; por cuyas causas debe perder la herencia, y pasará al Rey, y por las mismas los Legatarios sus mandas. (1)

191 Si todos los descendientes legitimos son exheredados por alguna de las causas expresadas en los numeros precedentes, ò Frayles profesos de San Francisco, ò de otras Religiones mendicantes, que nada se les permite poseer en comun, ni en particular, pueden ser instituidos por herederos los hijos naturales, porque à los exheredados legiti-

mos

(1) Leyes 13. tit. 7. Partid. 6. y 11. tit. 8. lib. 5. Recop. vease al Sr. Greg. Lop. en dicha ley 13. y à Matienzo en la 11. glos 5. num. 3.

mamente, está prohibido por derecho serlo, y à dichos Religiosos tambien, asi por su instituto, como por disposicion del Santo Concilio de Trento en la *Ses. 25. cap. 2. de Regularib. & Monialib.* à causa de no poder poseer bienes, y reputarse unos, y otros por difuntos para este efecto; por lo que si un estraño puede ser en dicho caso heredero, con mas razon el hijo natural, pues su padre à falta de legitimos tiene facultad de dexarle todo lo que quisiere, y de la madre es heredero legitimo *ex testamento*, y *ab intestato*, como queda sentado, y viene à ser lo mismo que si no los tubiera. (1)

§. XVII.

REVOCACION.

192 EL Testamento se puede revocar, irritar, romper, y destituir, que en práctica viene à ser todo una misma cosa. Se dirá que se *revoca*, quando el Testador manda en otro perfecto posterior que no valga el precedente. (2) Que se *irrita*, quando contiene, ò aparece algun defecto, ò vicio de parte del Testador, por el qual enferma el Testamento, y esto sucede quando el Testador padece *capitis diminucion*, de que en el siguiente numero trataré. Que se *rompe*, quando aunque el Testador permanezca en su primer estado, se vicia el Testamento por derecho, v. gr. por la supernascencia de algun hijo, ò hija, de quienes no hizo mencion especifica, ni generica en él. (3) Y que se *destituye*, quando el Testador no nombró heredero en él.

193 La *Capitis diminucion* es mutacion del estado del hom-

(1) Siguenza, de Clausulas, lib. 2. cap. 7. num. 17. y sig.

(2) Ley 21. tit. 1. Partid. 6.

(3) Ley 20. tit. 1. Partid. 6.

hombre, y antiguamente se titulaba de tres maneras: *maxima*, *media*, *y minima*: maxima, quando alguno se vendia voluntariamente por precio, ò era condenado por delito atroz à ser siervo de pena: ò el siervo que por haber sido ingrato à su Señor, aunque estubiese manumitido, lo bolvia à su poder, y todos perdian la Ciudad, la libertad, y la familia. *Media*, quando era desterrado para siempre à alguna Isla, se le privaba de agua, y fuego, y perdia la Ciudad, y la familia. Y *minima*, quando se dexaba prohijar, porque perdia la familia: ò su padre lo emancipaba, pues por la emancipacion salia de su poder, y mudaba el estado que antes tenia. (1)

194 Y procediendo à tratar de la revocacion, que es la materia de este Parrafo, digo que asi como no hay cosa mas natural que disolverse una cosa del modo que se liga: (2) tampoco puede ninguno hacer su Testamento con tanta solidez, y firmeza, que no tenga arbitrio, y facultad de revocarlo por otro hasta su muerte, aunque prometa, y se obligue à no hacerlo; y la razon es, porque no puede imponerse ley, de la qual no le sea licito apartarse; y porque la voluntad humana es deambulatoria hasta la muerte, (3) y por lo mismo la ultima siendo arreglada, se ha de observar, pues dos Testamentos no pueden subsistir, porque el segundo perfecto revoca el primero; (4) lo que no sucede con los Codicilos, como en el num. 260 explicaré. Lo qual se entiende, no solo quando una persona testa por sí sola; sino quando testan dos de conformidad, v. gr. marido, y muger, pues el superstite puede revocar su Testamento, como si hubiera testado solo. (5) Pero una vez hecho

(1) §§. 1. 2. y 3. Instit. de Capitis diminut. y ley 18. tit. 1. Partid. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. num. 34. al 37.

(2) Ley 35. ff. de Regul. jur.

(3) Leyes 25. tit. 1. Part. 6. Quod si 4. y Transactio 6. ff. de Adimend. legat. y Si quis 22. ff. de Legat. 3. Gutier. de Juram. Confirmat. part. 2. cap. 1. Gom. en la ley 3. de Toro, num. 89. y sig. Ferraris Biblioth. verb. Testam. art. 5. Murill. dicho lib. 3. tit. 26. num. 250. al fin.

(4) § Posteriore, Institut. Quibus modis Testamenta infirmant.

(5) Suar. in leg. Quonian in Priori-

cho legitima, y perfectamente, no se revoca por el transcurso de mucho tiempo desde su otorgamiento, porque se entiende no haber mudado su voluntad el Testador, (1) y en caso de duda se ha de estár por la validacion de el Testamento. (2) En quanto à si testando marido, y muger de conformidad: instituyendose mutuamente por usufructuarios, y à otro por heredero de ambos: muriendo antes el marido: y luego revocando la muger su Testamento, y nombrando otro heredero de sus bienes, estará éste obligado como tal à restituir el usufructo percibido por la muger de los del marido, al heredero instituido por ambos: vease el cap. 7. n. 14. lib. 1. de mi segunda parte adicionada.

195 Pero no obstante, aunque el posterior contenga revocacion, y la solemnidad prescripta por derecho, será firme el anterior en dos casos: El primero, si creyendo el Testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra à otro en éste, expresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo: bien que las mandas, y demás cosas que ambos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar; y la razon por qué la institucion del segundo no vicia la del primero, es por la falsedad de la causa impulsiva, y final que motiva la del segundo. (3)

196 La causa final es una operacion intelectual, que camina al fin, gobierna la disposicion, y propone los medios para conseguirlo, por lo que se llama principio de la intencion del hombre, forma del acto, fuente, y origen de las causas, y subsistencia de la disposicion: y la impulsiva es la que solo impele al hombre, mas no le mueve principalmente, ni sirve de norte para la opera-

cion

ribus, limit. 5. ad leg Fori Al- ...iat. in leg. Licet, Cod. de Pact. Burg de Paz Consil. 2. Ferrar. ibi. num. 8. y sig.

(1) Ley Sancimus 27. Cod. de Testament.

(2) Regla In testamentis, ff. de Regul. jur.

(3) Ley 21. tit. 1. Partid. 6.

cion. (1) Aunque esto parece metaphisico, y mas propio para Letrados, que para Escribanos el saberlo, considerando que algunos de éstos procuran adelantar, no tube por superfluo, ni nocivo hacer esta corta digresion, pues el saber segun el Philosofo (2) es conocer la cosa por su causa, y todo racional debe saber la razon de lo que opéra, y lo demás será hacer lo que sabe, y no saber lo que hace.

197 Y el segundo caso es, quando el Testador otorga su Testamento con cláusulas derogatorias generales, ò particulares, y en el que hace despues, no se mencionan. Las generales son, v. gr. esta: *Quiero que este Testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho, ni despues de él formalice, pues à todos excepto el presente, revoco, y anulo enteramente.* Y las particulares son, v. gr. *Quiero que este Testamento, y no otro que antes haya otorgado, ni despues formalice, sea válido, excepto que el posterior à éste contenga à la letra la Oracion del Padre nuestro, ò tal Psalmo, ò tales palabras,* (las quales deben individualizarse) *pues si la contubiere, ha de ser subsistente el ultimo, y no éste, ni los precedentes.* Con cuya prevencion será ineficáz el ultimo, si carece de la Oracion, Psalmo, ò palabras, à menos que en él instituya herederos legitimos, y en el primero un estraño: lo qual se prueba de la *ley* 22. *tit.* 1. *Partid.* 6. que en su segunda parte dice: *La otra es, quando el Testador dice asi: este mio Testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, è non quiero que vala otro Testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de éste, nin despues. Cá si acaeciese que éste à tal mudase su voluntad, è ficiese otro Testamento, non quebrantaria por ende el otro, que oviese ante fecho.*

198 Pero como estas disposiciones se presumen cautelo-

(1) Señor Olea de Ces. jur. tit. 8. quæst. 1. num. 5. y tit. 2. quæst. 7. num. 2. Sr. Cast. tom. 6. cap. 170 num. 7. 8. 9. 10. 27. y 30. Sr. Greg. Lop. en la ley 19. tit. 9. Partid. 6. glos. 3. Gutier. Canon. quæst. lib. 2. cap. 15. num. 17 y 18.

(2) Arist. 1. Potterior. cap. 2.

losas, y de ellas resultan infaustas conseqüencias, se duda si la revocacion regular del ultimo Testamento es suficiente para anular los precedentes, que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia, y eficáz persuasion, y sugestion hacen Testamento con ellas, instituyèndo por sus herederos à los que no quieren que lo sean. Y para que no sea necesario especificar las palabras del primer Testamento à fin de que quede revocado: evitar toda duda: y que el Testador pueda testar libremente, y esplayar su voluntad à su satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos terminos: *Y por el presente revoco, y anulo todos los Testamentos, y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vinculos, firmezas, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y qualesquier pretextos, y fundamentos para derogar ésta, (de todo lo qual por no acordarme, ni de su solemnidad, y particularidades no hago especifica mencion, pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo fuera,) valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto este Testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre alvedrio, y no los demás, como lo juro en solemne forma legal, quiero, y mando que se estime, y tenga por tal, y por mi ultima deliberada voluntad en la via, y forma que para su mayor estabilidad, y validacion mejor lugar haya en derecho. En cuyo testimonio asi lo otorgo ante el presente Escribano en esta Villa de, &c.*

199 Con cuya cláusula concibo quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo, y cláusulas, ò palabras derogatorias, y no se inserten en el ultimo; pues sin embargo de que la referida *ley* 22. no dice expresamente que queda revocado sin la específica mencion de las palabras, ni previene que se inserten, como prosiguiendo, se reconoce de su contexto: *Fueras ende si el Testador dixese en el postrimero Testamento señaladamente*

te que revocaba el otro, è que non tubiese daño à aquel Testamento, que agora facia, las palabras que dixera en el primero. Siempre presume el derecho en favor de la ultima voluntad del Testador, siendo arreglada, y no de la que se supone ultima, siendolo unicamente en el nombre, y no en el efecto, y realidad, como regularmente acontece; y es la razon, porque los hombres varían cada instante de dictamen, por ser su voluntad deambulatoria: y como puede suceder que el primero se haga à contemplacion de los interesados en él, no obstante que se exprese lo contrario con juramento, (pues la ambicion sugiere à los hombres precauciones, y mañosos ardides para facilitar por medios ilicitos su propia utilidad, aunque sea atropellando, y exponiendo sus conciencias, y las agenas, sin conocer mas Dios, ley, ni razon, que su hidrópica avaricia que los tiene ciegos, poseidos, y preocupados) y que el entendimiento del Testador mas ilustrado por la reflexion, y consejo, ò por superior impulso proponga à su voluntad lo mas acertado, y seguro al tiempo que otorga el ultimo: por eso debe observarse este, y no los anteriores, aun quando en ellos se interponga juramento, pues éste sigue la naturaleza del acto, contrato, y disposicion en que se interpone, como dice el derecho. (1) Acerca de lo qual, y de otras especies vease à *Ferrar. Biblioth.* verb. *Testamentum artic. 5.* y à los que cita. Se previene al Escribano, que para ordenar el Testamento con dichas cláusulas, debe instruir previamente al Testador de sus efectos, y con su orden, y no de motu propio ponerlas, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se irroguen à los verdaderos interesados. En quanto à si hallandose gravemente enfermo el Testador, y creyendo morir de aquella enfermedad, hizo Testamento diciendo *que si fallecia de aquella, instituia tal heredero, y dexaba tales legados*, (especificandolos) y convaleciendo de ella, val-

dra

(1) Cap. 25. de Jurejurand. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 5. num. 6. y 7.

drá, ò no, por faltar la condicion puesta; vease à *Gom.* en la *ley* 3. *de Toro*, num. fin. que defiende que no se revoca por esta causa, porque es impulsiva, y no final, y por otras razones que expone.

§. XVIII.

CLAUSULA CODICILAR.

200 LA cláusula *codicilar* es cosa incognita con este título para muchos Escribanos, y por eso unos la omiten, y otros la ponen solamente por estîlo, y por haberlo visto à sus maestros, pero ignoran los efectos que produce en los Testamentos, y ultimas disposiciones; y para que se instruyan, les explicaré aqui como lugar propio, y adequado lo que aprendí en los Autores, que tratan difusamente de ella. Esta cláusula es de dos maneras: *expresa*, y *tácita*, la expresa es la que pone el Testador en su Testamento, diciendo: *Que si éste por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como Codicilo.* Y la tácita es aquella en que expresamente no lo dice, pero sí: *que si no vale como Testamento, valga del mejor modo que pueda valer, ò que por derecho haya lugar.* Se entiende puesta en tres casos aunque se omita: el primero, quando, el Testamento contiene la tácita referida. (1) El segundo, quando se liga con juramento, ya sea jurando el Testador *que quiere se observe todo quanto en él ordena*: ò mandando à su heredero *que jure cumplirlo, y pagarlo.* (2) Y el tercero, quando testa entre hijos, y descendientes legitimos. (3) Y suple muchos defectos en los Testa-

(1) Ley Codicillis 88. §. Lucius Titius, ff. de Legat. 2. & ibi. D.D.

(2) Ley Cum pater, §. Filius matrem, ff. Eod. tit. & ibi. Bart. Bald. & D. D.

(3) Glos. in leg. Cohæredi, §. Cum

tamentos, para cuyo fin ordenó el Emperador Justiniano que fuese válida en ellos, y asi es muy conveniente que la contengan, pues ya que *ipso jure* sean nulos, valdrán si la contienen, en quanto Codicilos; (1) y en estos conviene tambien ponerla, y la *de que el Testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario à lo dispuesto en el Codicilo*, con cuya cláusula serán firmes uno, y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlador. different.* 14. *n.* 15. y lo practícan los inteligentes.

201 Seis son los efectos de esta cláusula: el primero es, que si el Testamento *in scriptis* carece de la solemnidad prescripta por nuestro derecho Real, y no de la de los Codicilos, ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contenga, y los herederos ab intestato estarán obligados à darlos à los respectivos Legatarios, pero no, si no la contiene.

202 El segundo es, que si el Testador por no tener herederos forzosos, instituye por tal à un estraño en Testamento cerrado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los Codicilos, y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir: que los succesores ab intestato del Testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al estraño instituido, como si à ello los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la quarta *Trebelianica*, porque mediante la cláusula codicilar es visto que el Testador grava tácitamente à sus herederos ab intestato à restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el Testamento *in scriptis*, porque segun la *ley* 3. *de Toro*, el Nuncupativo, y el Codicilo requieren igual so-

filiæ, ff. de Vulgar. & pupillari substit. Gom en la ley 3. de Toro n. 62. y 74. Gom. Arias en ella n. 71. y 72.

(1) Leyes Sæpissime 1. ff. de Jure codicilor. Ex ea scriptura 25. ff. Qui testam. facere pos. Si jure 11. Cod. de Testamentar. manumis. y fin. §. 1. Cod. de Codicil.

solemnidad de testigos, lo que antiguamente no sucedia atenta la disposicion de la de Partida concordante con el derecho comun, de que en el §. XXIV. trataré.

203 El tercero es, que si el padre, ù otro ascendiente preteríe con cierta ciencia, ò injustamente exhereda à algun descendiente legitimo, è instituye por heredero à un estraño, y por esta razon se irrita, y anula despues su Testamento, se convierte la institucion del estraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente preterido, ò sin causa legitima exheredado, está obligado à restituir al estraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la *ley* 28. *de Toro* pudo su padre disponer, y no mas; y si el preterido, ò exheredado fuere ascendiente, le restituirá el tercio, que en virtud de la sexta de Toro tuvo facultad de dexarle.

204 El quarto es, que si el padre testa entre hijos, ù otros descendientes legitimos, y nombra à uno de ellos, ò à mas por sus universales herederos, preteriendo, ò injustamente exheredando à los restantes: ò instituyendo à todos por tales, pero dexando à alguno, ò algunos menor parte de herencia, que la que por su legitima debe tocarles: aquel hijo, ò hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legitima, sino que se repután, y tendrán por mejorados en el tercio, y remanente del quinto, que es en lo que la *ley* 18 *de Toro* permite à su ascendiente mejorarlos; y los preteridos ya sean los que viven entonces, ò los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, ò los injustamente exheredados, ò perjudicados en su legitima, solo percibirán ésta íntegra; porque su padre no tuvo potestad de desfalcarsela, ni gravarsela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del Testador, habrá sus dificultades en quanto à ser gravados en el tercio; porque si hubieran nacido antes, y viviéran, puede ser que no los preteriese, ni gravase, y para evitarlas, conviene ordenar la institucion en los terminos que se prevendrán en el §. XX. n. 223.

205 El quinto es, que si consta que alguno quiso Co-

 di-

dicilar, è hizo Codicilo con la solemnidad competente, y en él institucion directa de heredero, se obliquará ésta, porque debe hacerse en Testamento, ò en poder para testar, y no en otra cosa; pero mediante la cláusula codicilar, no dexará de ser válida, y asi los herederos ab intestato siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto: si son ascendientes, las dos terceras partes de ella: y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el Codicilo, reteniendo la quarta Trebelianica, porque se convierte en fideicomiso; lo que no sucederá, si el Codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

206 Y el sexto efecto es en quanto à la substitucion pupilar; pues la directa hecha en los Codicilos se obliqua, y vale *jure fideicommissi*, porque por defecto de solemnidad no puede valer *jure directo*: quiero decir que si el padre substituye pupilarmente à su hijo, ò hija en Codicilo: mediante ser de solemnidad, y forma de esta substitucion que se haga en Testamento, y no en Codicilo, pasará la herencia del pupilo à los parientes que deben heredarle ab intestato; pero tendrán que restituirla al substituto, reteniendo para sí la quarta Trebelianica, y entonces se tendrá el substituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por éste, siendo adulto; asi entiendo este efecto, aunque no lo he visto tan explicado en los Autores. De suerte que los referidos seis efectos se reducen à dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion de esta cláusula, vealos, (1) pues para la del Escribano me parece suficiente lo expuesto.

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, num. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 4. num. 20. y sig. Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 9. Parlador. different. 148. num. 7. y siguient.

§. XIX.

§. XIX.

FECHA, Y TESTIGOS.

207 QUeda sentado con legál apoyo en el num. 23. que una de las cosas necesarias para que el Testamento hecho ante Escribano se estime como tal, es la *Solemnidad.* Y porque el aplicado deseará saber por qué causas se podrá redarguir, y declarar nulo en el todo, ò solamente en parte, aunque el Testador no lo revoque; para que en quanto de él dependa, contribuya à evitar su nulidad: Digo que el Testamento se puede anular por diez causas que se incluyen en las ocho siguientes. La primera, *por defecto del mismo Testador*, v. gr. Si es pupilo, siervo, Monge profeso, pródigo declarado, loco furioso, ò mentecato, ò tiene otra prohibicion de las que dexo explicadas desde el num. 8. al 13. pues concurriendo en él alguno de estos defectos, ò impedimentos, no puede testar, ni por consiguiente valen el Testamento que ordene, ni tampoco los legados, ni fideicomisos que este contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene tambien de codicilar, (1) y es lo mismo para este efecto que sino existiera en el Mundo. Pero es de advertir que si el hijo llega à la pubertad, puede testar con arreglo à la ley sexta de Toro de la tercera parte de lo que posea, y tenga suyo en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estubiera fuera de él; (2) segun en el num. 9. queda expuesto; lo qual no sucedia por derecho Comun, ni por el de las Partidas, pues estos estando bajo de la patria potestad, le prohibian testar, y codi-

(1) Ley Sciendum est, ff. de Legat. 1.

(2) Ley 5. de Toro, que es la 4. tit. 5. lib. 5. Recop.

dicilar. (1) La segunda, *por error del mismo Testador*, que es quando el que puede testar, y testó, erró, ò se equivocó en la persona nombrada, v. gr. si instituyó à uno en el concepto de ser su hijo legitimo, adoptivo, ò legitimado: ò à otro en el de ser su consanguineo, no siendolo realmente; en cuyos casos, y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad, y consentimiento del mismo Testador, por haber errado en la causa eficiente, y final que es el instituido; (2) pero los legados, y fideicomisos que el Testamento contenga, serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos: (3) lo qual no sucederá si yerra el nombre del Legatario, como en el n. 105. expuse. La tercera, *por voluntad imperfecta, y no consumada del Testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el Testamento puede ser imperfecto por razon de su voluntad, y por la de solemnidad de testigos, y publicacion. Se dice imperfecto por la de la voluntad, quando el Testador no la explicó, v. gr. quando consta que quiso testar por escrito, à cuyo fin hizo llamar al Escribano, y habiendo principiado à dictarlo por sí, falleció sin concluirlo, ò sin que se publicáse ante los testigos; (4) y por la de solemnidad, quando lo tiene estendido enteramente, y muere antes que se lea, ò que se concluya su lectura à presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir: *que asi lo otorga*; (5) ò quando à su publicacion no interviene el numero de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el Testamento, y los legados, fideicomisos, y demás que con-

(1) Ley Qui in potestate, ff. Qui testament. facere pos. ley 3. §. 1. Cod. eod. tit. ley Tam is, §. 1. ff. de Donation. caus. mort. ley 13. tit. 1. Partid. 6. y §. 1. Institut. Quibus non est permissum facere Testament.

(2) Leyes Si pater 4. Nec apud 10. y Quotiens 13. Cod. de Hæredib. instituend. ley Nec professio 5. Cod. de Testam. y ley 12. tit. 3. Part. 6.

(3) Ley Eam quam, Cod. de Fideicommis. Gom. en la 24. de Toro, num. 1. ver. Decimo, & finaliter: Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 3.

(4) Ley Si is qui, ff. y ley Hac consultissima 8. vers. At cum humana, Cod. Qui testam. facere pos. y ley Fideicommissa 11. §. Quotiens, ff. de Legat. 3.

(5) Ley Hac consultissima 21. §. Ex imperfecto, Cod. de Testam.

contenga: (1) lo primero, porque su leccion, ò publicacion ante los testigos es de su substancia: (2) y faltando aquella en qualquiéra instrumento, falta ésta, por requerirse segun la ley (3) para que se estime válido. Lo segundo, porque antes de su publicacion no se acredita la constante, y ultima voluntad del Testador, respecto no poder probarse, ni saberse, à causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir, y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede. (4) Lo tercero, porque aunque esté estendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el Testador quiso, ò quando lo otorga, quiera. Y lo quarto, porque no hay perfeccion de voluntad si ésta no se halla explicada del modo que la ley ordena, y apetece, y bajo del qual quiere aceptarla, por estár subordinadas à ella nuestras acciones; y asi la habrá hablando naturalmente, lo qual no basta, mas no hablando legalmente, y en quanto à los efectos civiles, que es lo que se requiere, y necesita; y en afirmar, y querer persuadir, y sostener lo contrario el que se precie de Letrado, comete un error craso, y en mi concepto indisculpable, porque falta la prueba que ha de realizar de verdadera, è indubitada la voluntad del Testador, y por lo mismo se puede graduar de ilegal (y no sé si diga de barbara) la distincion que algunos hacen entre el Testamento perfecto *Ratione voluntatis*, y *Ratione solemnitatis*, queriendo añadir, ó introducir por este medio indirecto una tercera clase, ò especie de Testamento nuncupativo en que la ley no pensó; pues no siendo como no es perfecto el que por falta de solemnidad no llegó à verificarse serlo, ni voluntad perfecta la que no se explicó, ni manifestó en los terminos, y bajo de la fórmula que la ley pres-

(1) Ley Si is qui 25. cit. ley Ex ea scriptura 29. ff. Qui testamenta facere pos. y ley Fideicommissa, cit. Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. quæst. 1. num. 38. al 42.

(2) Dicha ley Fideicommissa: y leyes 103. tit. 18. Partid. 3. ibi: *debe ser leido, y fecho ante siete testigos*: y 23. tit. 1. Partid 6.

(3) Ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop.

(4) Gom. ibi. n. 18. y 19.

prescribe, y manda: es un ente de razon, ò imaginario, una quimera legal, y nimio absurdo, alucinamiento, y preocupacion el concebir, y suponer Testamento, perfeccion, y voluntad que no hay. Por cuyas razones sin embargo de quantas aducen *Scaño de Testamento perfecto ratione voluntatis cap.* 14. *ex num.* 7. *al* 23. y los Autores que cita, me adhiero à los que afirman ser nulo el Testamento que no fue leido, ò publicado à presencia del competente numero de testigos, como preceptúan las leyes, y explicaré en el num. 216: lo qual no debe suplirse por el impedimento, ò accidente subitaneo superveniente, à pretexto de que el defecto de publicacion lo es de solemnidad, y no de voluntad, como aquellos quieren. La quarta, *por incapacidad del heredero instituido*, v. gr. quando estaba muerto natural, ò civilmente, ò por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhabil, è incapaz de percibir la herencia; en cuyo caso aunque por caducar la institucion, se rompia en todo el Testamento segun derecho comun, y no valian los legados, ni fideicomisos; (1) y lo mismo sucedia en el de que careciese de institucion, (2) segun queda sentado en el n. 100; pero en ambos casos está corregido por el nuestro; (3) por lo que no obstante que el Testador no nombre heredero, ò éste por su incapacidad, y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas, y todo lo demás que el Testamento contenga, siendo arreglados à derecho, si à su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere, y el Testador está capáz para testar, y no de otra suerte; y asi se romperá, y anulará solamente en quanto à la institucion. La quinta, *por preterición, ò exheredacion*, que es quando el Testador dexa de nom-

(1) Ley 3. & per tot. tit. ff. De His qui pro non scriptis habent. ley 1. Cod. de Hæredib. instituend. y ley unic. §. Et cum triplici: §. In primo: y §. Pro secundo: Cod. de Caduc. tollend.

(2) Ley final, §. Illud. Cod. de Codicil ley 1. ff. de Jure codicillor. y ley Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution.

(3) Ley 1. tit. 4 lib. 5. Recop. y en ella Matienz. glos. 14. n. 81.

nombrar por su heredero à un hijo, ò descendiente legitimo suyo, ò le exhereda sin causa legal; en cuyos casos sin embargo de que por derecho Comun antiquisimo (1) tampoco valian los legados, ni fideicomisos: hoy son válidos, è igualmente lo es la mejora de tercio, y quinto, y quanto incluya el Testamento, si consta de la solemnidad referida, por la razon expuesta en dicho num. 100. y solo se irrita en lo concerniente à la institucion; (2) y si contiene la cláusula codicilar, surtirá esta los efectos explicados en el §. 18; y asi por derecho posterior aunque el que hizo Testamento, no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estár llamados à su herencia por la ley los que ab intestato deben heredarle, segun se prueba de las palabras de la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. que dice: *Y mandamos que el Testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto à las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho, y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el Testador no hiciera Testamento, y cumplase el Testaménto.* Cuyos herederos ab intestato estàn obligados à cumplir lo que dispuso, y ordenó, como si especificamente fueran nombrados. (3) La sexta, *por falta de adicion, ò admision de la herencia*, que es quando el heredero instituido no quiere aceptarla, ò la repudia expresamente. Y para instruccion del Escribano debo suponer como inqüestionable que por derecho Comun, y de las Partidas se requeria que el Testamento fuese perfecto de quatro maneras; (4) la primera por perfeccion de la voluntad del Testador declarada completamente por el mismo, (5) pues si fallecia antes de ex-

(1) Ley Filio præterito, ff. de Injust. rupt testam. y ley Papinianus, §. Si ex causa, ff. de Inofficios. testam.

(2) Authent. Ex causa, Cod. de Liber. præterit. y ley 24. de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 5. Recop.

(3) Matienz. en dicha ley 1. glos. 10. n. 47. y glos. 14. n. 7.

(4) Bald. in leg. 1. ff. Qui testament. facere pos. Guillerm. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Testamentum, 1. al fin.

(5) Ley 1. ley Si is qui, y ley Ex ea, ff. Qui testamenta facere pos.

explicarla plenamente, era imperfecto, y como tal no valia ni aun à favor de causas pias. (1) La segunda consistia en el nombramiento de heredero; (2) pero esto está irmutado hoy, como dexo expuesto. La tercera en la solemnidad, de la qual he tocado algo, y adelante diré mas. Y la quarta perfeccion consistia en el efecto, la qual se verificaba de dos modos, el uno con la muerte del Testador, por la que se confirmaba, y no antes el Testamento, (3) à causa de ser deambulatoria su voluntad hasta entonces; (4) y la otra dependia del heredero porque quisiese aceptar, ò dimitir la herencia, pues su admision daba vigor al Testamento, y lo corroboraba, y robustecia en todo; (5) y sino la admitia, se irritaban, y anulaban segun el mismo derecho Comun no solo la institucion, sino tambien los legados, y fideicomisos; (6) pero segun el nuestro que está en viril observancia en estos Reynos de Castilla, aunque el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, valen los legados, fideicomisos, y todo lo demás que el Testamento contenga, siendo conforme à derecho, si à su otorgamiento concurre la solemnidad, y numero de testigos que la ley (7) ordena, y prescribe, como dexo expuesto. La septima causa porque se puede anular el Testamento, es *por la arrogacion*, ò *legitimacion* del heredero del Testador. Y la octava es *por falta de publicacion del Testamento*, la qual se hace de dos maneras: una despues

(1) Guillerm. ibi. num 71. Bart. in leg. Si is qui: in leg. Pamphilo, §. Propositum: & in leg. Fideicommissa, §. Quoties, ff. de Legat. 3.

(2) Ley 1. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y §. Ante hæredis, Institut. de legat.

(3) Ley 1. ff. Qui testamenta facere pos. Cap. cum Marthe de celebrat. Missar. Apostol. ad Hæbreos 9.

(4) Ley 4 ff. de Adimend. legat. ley Cum hic status, §. Pænitentiam, ff. de Donat. inter vir. & uxor. ley 3. Cod. de codicil. ley Si quis, Cod. Qui testamenta facere pos. y ley 25. tit. 1. Partid. 6.

(5) Bald. in leg. 1. ff. Si quis omis. causa testamenti.

(6) Ley Si nemo 1. ff. de Testamentar. tutel. ley 1. §. 1. ff. de Legat. 3. ley Si nemo, ff. de Regul. jur. y leyes Eam quam 14. y ex testamento 29. Cod. de Fideicommis.

(7) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. y en ella Matienz. glos. 14. y 15.

pues de la muerte del Testador quando el Testamento se formalizó en escritura, memoria, ò cédula privada ante el competente numero de testigos, ò verbalmente sin ella ante estos, de la que trataré en el §. 25. num. 269. Y la otra estando vivo, à la que llaman vulgarmente *Otorgamiento*; y ésta segun tres leyes de Partida (1) se reduce à que en el Testamento se expresen (como otra Recopilada (2) lo manda para toda escritura pública) el pueblo, ò lugar, dia, mes, y año en que se otorga, ò publíca, y los testigos idoneos para testificar, y rogados, que presencien su otorgamiento, con el nombre, y apellido de cada uno, (pues no es preciso que sean mayores de toda excepcion) ante los quales, y el Escribano juntos ha de manifestar el Testador verbal, clara, y distintamente su voluntad, de suerte que todos à un mismo tiempo la entiendan, y en caso de duda puedan deponer contextes lo propio unos que otros, siendo sobre ella interrogados; y tan precisa es la solemnidad de testigos, y la publicacion, ò manifestacion de voluntad del Testador à su presencia, que aunque éste por sí solo, y por via de memoria ordene su Testamento, y haga llamar al Escribano para que lo traslade al papel sellado: ò lo dicte, ò estienda en éste à presencia de él, si antes que se lea, ò publique à la de los testigos competentes, fallece, será nulo por falta de publicacion, ò solemnidad, y por imperfeccion de voluntad, como dexo sentado. Y porque segun sea el Testamento, debe ser la solemnidad de testigos, diré con apoyo de las leyes que la prefinen, lo que à cada uno corresponde.

208 El Testamento abierto (que en latin se llama *nuncupativo*, porque se otorga paladinamente à presencia de personas que oyen su contexto,) puede otorgarse de dos maneras: la una ante Escribano público, y testigos: y la otra ante estos solamente en cédula, ò memoria, ò de palabra, aunque haya Escribanos en el pueblo, pues no es precisa su

(1) Leyes 54. 103. y 111. tit. 18. Partid. 3.

(2) Ley 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.

su asistencia. (1) Estos testigos deben estár adornados de todas las qualidades que el derecho requiere, à saber: que sean varones mayores de catorce años, libres de esclavitud, de buena vida, y fama, rogados para presenciar por el Testador, ò por el Escribano, ù otro en su nombre, y escritos, ò nombrados en él; (2) pues por el nuestro posterior se limitó el antiguo en quanto à su numero, y solemnidad, en la que se subrrogó la del actual, mas no à su qualidad, como lo dice la ley que insertaré, y en ella lo exponen *Matienzo glos.* 8. y otros; y de los que son necesarios hoy en su otorgamiento, ò publicacion, interviniendo, ò no Escribano, trata la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. cuya primera parte dice: *Si alguno ordenáre su Testamento, ù otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes à lo vér otorgar tres testigos à lo menos, vecinos del lugar donde el Testamento se hiciere; y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahi à lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber, y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho lugar, à lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; però si el Testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades, que el derecho requiere, valga el tal Testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el Testamento.* Previniendo lo primero, que el que está por el Testamento, debe probar la vecindad como hecho, si se la niegan, porque quando la ley requiere alguna qualidad en los testigos, no se presume, sino la prueba el que se vale de ellos. (3) Lo segundo,

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. y ley 102. tit. 18. Partid. 3. Matienz. en dicha ley 1. glos. 3. n. 2. glos. 6. n. 2. glos. 7. n. 1.

(2) Leyes 1. y 9 tit. 1. Partid. 6. Gom. en la 3. de Toro, n. 23. y sig. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. n. 26. Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 8. n. 1. al 8.

(3) Mascard. de probat. part. 2. conclus. 1249. Matienz. en la ley 1. glos 5 num. 13. tit. 4 lib. 5. Recop Burg. de Paz, en la ley 3. de Toro, part. 1. concl 3. n. 521. y Aceved. en dicha ley 1.

do; que esta solemnidad no solo es probatoria, sino substancial, y como tal no se puede suplir con otras pruebas. (1) Y lo tercero, que los testigos se entiende ser rogados por el Testador por el hecho de permitir que presencien al otorgamiento de su Testamento, y que se escriban en él sus nombres, (2) por lo que no es preciso que los ruegue expresa, y formalmente, ni otro por él.

209 Pero como la ley inserta no dice si serán, ò no suficientes menos de los siete testigos, quando no son vecinos: se duda si bastarán los tres, y el Escribano. No he visto tocada esta duda en los Autores; mas no obstante diré lo que mi corta penetracion alcanza, y es, que si en el lugar de su otorgamiento hay copia de gente, deben intervenir cinco, porque la vecindad se requiere por precision para la subsistencia de dicho Testamento, no concurriendo mas que tres testigos; y que si intervienen los cinco, y el Escribano, aunque carezcan de aquella qualidad, serán bastantes, porque el Escribano supone por dos, que con los cinco son los siete que pide la ley. De lo qual infiero que si el Testamento hecho ante siete testigos no vecinos, y sin Escribano, es válido: tambien debe serlo el otorgado ante cinco, y el Escribano: y asi se practíca. Infiero asimismo que aunque la ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. prohibe à los Escribanos Reales autorizar contratos, y Testamentos en donde los hay numerarios, pena de nulidad, y otras, excepto en la Corte, y Chancillerias: no obstante, si hay motivo para no otorgar Testamento ante el Numerario, (v. gr. una muger casada tal vez oprimida de su marido para que le instituya heredero, lo que resiste, y por temor de que si hace su Testamento ante el Numerario del Pueblo, lo sepa su marido, y la maltrate, lo otorga ante un Real de fuera, ò de dentro de él, y cinco testigos no vecinos) será válido, porque se verifica ser otorgado ante siete, respec-

to

(1) Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. n. 67. y 68. y otros que cita.

(2) Ley Domitius 27. ff. Qui testamenta facere pos. Matienz. en dicha ley 1. glos. 8. n. 8.

to suponer por dos el Escribano: y si à éste no se graduáre de tal por la prohibicion legal, se publicará, y practicarán las diligencias que con el hecho en cédula, ò de palabra ante testigos sin Escribano, de que trataré en el n. 269. y en el §. fin. de este cap. n. 329. y sig. Y para evitar en este, y otros casos semejantes todo motivo de disputa, y el que se declare nulo el Testamento, hará el Escribano Real que concurran siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo qual no se puede alegar nulidad, ni que murió intestada la Testadora, sin embargo de no ser vecinos, pues si concurriendo siete sin esta qualidad, vale el Testamento aunque no intervenga Escribano: con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, ya se le gradúe, ò no de tal. Lo que tendrá presente para evitar à los Testadores el desconsuelo de no poder disponer à su arbitrio, y el que contra su voluntad hereden sus bienes los que no quieren que sean sus herederos. Advirtiendo que la ley apetece la vecindad en los testigos de los Testamentos por dos razones: la una porque como mas dignos, para en quanto al conocimiento del Testador merecen mas fé, pues con ellos se puede probar mejor su otorgamiento; y la otra, porque la qualidad de vecindad suple la falta del mayor numero que el derecho antiguo exigia en su publicacion, ù otorgamiento, y asi se subrroga aquella en el lugar de éste; acerca de lo qual vease à *Matienzo* en la glos. 5. de la ley inserta, y à los que cita.

210 Se llama vecino el natural de estos Reynos, que tiene casa en el Pueblo propia, ò alquilada, y la habita con su familia: está en animo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sean diez años, ni posea hacienda raiz: sufre las cargas que los demás moradores de él: y es tenido, y reputado por tal, pues no basta que sea originario; por lo que todos los que se hallan empleados en esta Corte con oficio, ù otro destino, habitan con su familia, ya sean casados, ò solteros, y tienen animo de permanecer en ella, porque les precisa su ocupacion, se deben tener, y reputar por vecinos, sin embargo de que se diga

que

que ésta es patria comun, y que todos son transeuntes: porque transeunte es el que vá de una parte à otra, v. gr. el Soldado, el Arriero, ò Traginante, y por lo mismo en ninguna de aquellas por donde pasa, fija su domicilio, ni tiene animo de subsistir: y no el que lo tiene, y está arraigado con su familia, hogar, y casa propia, ò agena alquilada en su cabeza, y destino, ya sea arte, oficio, ò empleo. Pero si está en posada, ò es pretendiente, no se le debe reputar por vecino, sin embargo de que tenga aqui su familia, porque su animo no es permanecer, si no irse quanto antes logre lo que pretende: y lo mismo procede para con los hijos de familia, que viven bajo la potestad de sus padres, y criados domesticos solteros, que están, y comen en casa, y à expensas de sus amos; (1) mas no, si están casados, y habitan fuera de la casa de estos con la racion que les dán; y asi se advierte al Escribano, que no autorice en esta Corte, ni en otros Pueblos semejantes Testamento ante tres testigos solos, à menos que le conste de su vecindario, pues como aqui apenas suelen conocerse los que viven en una casa, puede viciarse por defecto de esta qualidad, y si dá fee de que son vecinos, y se verifica despues lo contrario, será castigado.

211 Para llamarse vecino el estrangero, ha de obtener privilegio de naturaleza, ò convertirse en estos Reynos à nuestra santa Fé, vivir sobre sí, y establecer su domicilio, y no andar vagando. Tambien lo será, si pide, y le dán vecindad en algun Pueblo, ò se casa con muger natural, y habita domiciliado en el, (previniendo que si ésta no es natural, se hace por el mismo hecho del domicilio de su marido;) ò se arraiga, comprando, y adquiriendo bienes raices; ò viene à morar, y exerce oficios mecanicos; ò tiene tienda en que vende por menor; ò en el Concejo obtiene oficios públicos honorificos, ò cargos de qualquier genero, que solo pueden usar los naturales; ò goza de

(1) Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 5. num. 2. al 10. Flores de Mena, de Var. quæst. 1. n. 6. al 11. lib. 1 otros que cita.

de los pastos, y comodidades, que son propios de los vecinos; ò habita casa poblada diez años en estos Reynos; y en otros casos en que conforme à derecho Comun, Reales ordenes, y leyes de ellos adquiere naturaleza el estrangero, y está obligado à las mismas cargas que los naturales, por comunicar de sus utilidades. (1)

212 El Testamento cerrado, (que en latin se llama *in scriptis*, porque el Testador dispone por escrito, y no verbalmente, no para probar su voluntad, sino para la substitucion del instrumento, (2) de tal suerte que la escritura es de substancia) debe otorgarse indispensablemente ante Escribano, y siete testigos de las calidades referidas en el num. 208; y si no interviene Escribano por no haberlo en el Pueblo, se anulará, sin embargo de que se añada un testigo mas, como en el Testamento del ciego, porque la ley Real quiere que intervenga precisamente; bien que algunos dicen lo contrario, mas no debe seguirse, sobre lo qual vease à *Matienzo en la ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 4. Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga, por no mandarlo la ley, (3) pero sí que se exprese el de donde lo son, para que quando llegue el caso de su apertura, se pueda ir à recibirles sus deposiciones.

213 Puede escribirlo el Testador en papel sellado, ò blanco, y firmarlo, si sabe, y puede, y si no, qualquiera persona de su satisfaccion lo puede estender de su mandato, pues por no saber leer, ni escribir, no le privan las leyes de testar *in scriptis* como al ciego, y despues de escrito, y cerrado con lacre, oblea, ù otra cosa que lo asegure, ha de entregarlo al Escribano, para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y à su presencia lo signe, y firme con todos los testigos, y estando todos juntos, decir à éstos: *Este es mi Testamento, ruegoos que escribais en él vuestros* nom-

(1) Auto 22. tit. 4. lib. 6. Recop.

(2) Ley 1. tit. 1. Partid. 6. Señor Greg. Lop. en ella glos 6.

(3) Ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 2. y 3.

nombres. Cuya solemnidad es conforme à la *ley 2. tit. 1. Partid. 6.* que manda igualmente que lo sellen con sus sellos, bien que esto no se practíca por lo que diré al fin del num. 219; y la de los testigos que deben intervenir en su otorgamiento, consta en la tercera de Toro, que es la 2. *tit. 4. lib. 5. Recop.* y dice: *Ordenamos, y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor Rey Don Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el Testamento, se entienda, y platique en el Testamento abierto, que en latin es dicho* nuncupativo, *ahora sea entre los hijos, ò descendientes legitimos, ahora entre herederos estraños; pero en el Testamento cerrado, que en latin se llama* in scriptis, *mandamos que intervengan à lo menos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la Escritura del dicho Testamento ellos, y el Testador, si supieren, y pudieren firmar, y si no supieren, y el Testador no pudiere firmar, que los unos por los otros firmen, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano:::*

214 Esta legal forma, y solemnidad como de derecho mas nuevo que el de las Partidas, es la que se observa: de suerte que si el Testador no sabe, ò no puede escribir à lo menos llevandole, ò gobernandole alguno la mano tremula, (pues en este ultimo caso puede hacerlo à presencia del Escribano, y testigos (1) sin que por esto se vicie, ni anule, y asi se practica) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno, ò algunos de estos no saben, firmará por ellos otro: y si el Testador, y seis de los siete testigos tampoco saben, ò no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa: primero por el otorgante, ò Testador, luego por sí como testigo, y despues por los demás, expresando el nombre, y apellido de cada uno, v. gr. *Testigo à ruego del otorgante: Pedro Rodriguez.* = *fuí testigo: Pedro Rodriguez.* = *Testigo à ruego de Juan Fernandez:*

(1) Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib 5. Recop. glos. 2. y 6. num. 4. Señor Gregor. Lop. en la ley 1. tit. 1. Partid. 6. glos. 11.

dez : Pedro Rodriguez. = *Testigo à ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez*, = *&c.* y el Escribano ha de prevenir en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el Testador, y por los testigos restantes à causa de no saber, ò no poder, y luego lo subscribirá, signará, y firmará, como lo manda la ley, de modo que sean ocho firmas, y además la suya, y su signo, pues no son suficientes una por el Testador, otra por sí, y otra por los demás testigos; (1) y autorizado que sea el otorgamiento, lo entregará al Testador, para que lo guarde si quiere, (pues debe parar en su poder, ò en el de la persona que elija, y no en el del Escribano como tal hasta que se abra, y publique, por no ser hasta entonces instrumento público, para que se eviten las sospechas, que aparenta *Colon en su Instruccion juridica lib.* 3. *cap.* 4. contra el mismo Escribano, y testigo firmante,) y es lo que se observa, y de esta suerte no se priva el Testador de testar *in scriptis*, no sabiendo firmar à lo menos tres testigos, como quiere dicho Autor; cesa el fin de su opinion; y se desvanecen las tempestuosas nubes de fraude con que pretende arruinar su legalidad, sin hacer se cargo de que el Escribano, y testigo no pueden heredar, y que no teniendo interés, seria demasiada necedad, y tonteria gravar sus conciencias. Supongo que quando lo escribió, no se acordó que era Escribano, ni de lo que es este oficio, ni tampoco de que los herederos, y sus parientes dentro del quarto grado civil no pueden ser testigos en los Testamentos, por lo que es disculpable la proposicion que vertió, y estrañé en él quando la leí.

215 Pero si el Testador no sabe firmar, ò aunque sepa, si no sabe à lo menos uno de los testigos, no puede testar *in scriptis*, pues no basta que el Escribano firme por sí, por el otorgante, y por los testigos, ni debe, sin embargo de que algunos con error, y sin legal fundamento lo afirman, porque la ley de Toro inserta no le concede tal po-

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, ley 2. glos. 2. num. 3. y 4. y glos 7. num. 23. al 31. Matienz. en dicha num. 4.

potestad, ni *la ley* 2. *tit.* 1. *Partid.* 6. que dice: *E ruegovos que escribais en él vuestros nomes, è que lo selleis con vuestros sellos; è él otro si debe escribir su nome, ò facerlo escribir en fin de los otros testigos ante ellos; diciendo asi: yo otorgo que este es el Testamento, que yo fulano fice, è mandé escribir.* Ni tampoco la 103. *tit.* 18. *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar los Testamentos, y contiene lo siguiente:: *E si por aventura el que lo ficiere, non quisiere que los testigos supiesen lo que es fecho en él, puedelo mandar facer al Escribano en poridad: è despues que fuere fecho, deben los testigos sobredichos escribir en él sus nombres, è sellarlo de sus sellos, asi como dicen las leyes de nuestro libro en el título de los Testamentos*; de suerte que por nuestro derecho Real son requisito formal, y preciso las firmas referidas, y es necesario su reconocimiento antes de la apertura del Testamento, pudiendo ser habidos los testigos, como explicaré en el §. XXV. por lo que si estos, ò à lo menos uno de ellos no sabe escribir, y el Testador aunque sepa, no quiere testar nuncupativamente, dexelo el Escribano morir con su tenacidad, pues sin embargo de que por autorizar su Testamento, no incurre en pena, respecto no imponersela ley alguna, padecerá la nota de ignorante, y el Testamento será nulo. (1)

216 Tres circunstancias deben concurrir precisa, indispensable, y copulativamente en el otorgamiento ante Escribano, ò publicacion del Testamento, ù otra ultima disposicion, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos no solo oigan hablar, sino que à un propio tiempo aunque sea en el de peste vean al Testador, por lo que el ciego, y sordo no pueden serlo à causa de carecer de vista, y oido, como adelante diré. La segunda, que entiendan perfectamente hasta la parte mas minima del contexto del abierto, y del otorgamiento del cerrado, para que siendo interrogados, puedan deponer contextes, y uniformes,

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, num. 3. versic. Tertio lege nostra:: n. 31. Matienz. en la 2. tit. glos. 2. y glos. 6. num. 3 y 4.

mes, y firmen este en los terminos explicados en el n. 214. Y la tercera, que mientras se lee, y otorga, ò publíca, estén todos presentes sin faltar ni uno; cuya presencia, y demás circunstancias se requieren por forma, y solemnidad substancial, y probatoria, en tanto grado que no basta que algunos de ellos oigan parte de él, y los demás lo restante, ni que el Testador manifieste separadamente à cada uno en distintos dias, ù oras su voluntad, antes bien todos juntos en un mismo acto, lugar, y tiempo sin intermision la han de oir íntegramente de su boca, pues de lo contrario serán singulares, y no contestes, y como tales no harán prueba, por lo que no habrá Testamento; (1) ni el Escribano puede dispensar en ello por no ser Legislador; pues todas las solemnidades que se requieren en el Testamento, son iguales, y por qualquiera de ellas que falte, se vicia, y anula, (2) por ser de forma, y substancia del acto. (3) Previniendo que hasta concluir el otorgamiento no debe mezclarse el Testador en cosa diversa, ni pasar à otro acto que no sea naturalmente necesario, è indispensable, y de practicarlo, no valdrá, à menos que intervenga especial privilegio; (4) ni tampoco separarse los testigos; porque como acto individuo no admite intermision, ni separacion, y si se separan, no podrán saber, oir, ni deponer de todo su contexto. (5)

217 Para todos los Testamentos abiertos, y cerrados de marido, y muger, ò de otras personas que testen se- pa-

(1) Leyes Casus 8. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. y Cum antiquitas 28. Cod. de Testament. y leyes Qui testamento 20. y Hæredes palam 21. ff. Qui testamenta facere pos. y ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. ibi: *deben ser presentes à lo ver otorgar*:: Matienz. en esta, glos. 4. num. 1. al 4. Gom. en la 3. de Toro n. 33. 47. y 48. Castillo en ella, verb. Intervenga::

(2) Ley Si unus, Cod. de Testament.

(3) Ley Cum hi, §. Si prætor addictus, ff. de Transact. Gom. en la 3. de Toro, n. 32.

(4) Dichas leyes Hæredes palam, ff. y Si non speciali, Cod. y ley 3. tit. 1. Partid. 6.

(5) Ley Cum antiquitas cit. & ibi. Bald. Cod. de Testam. Castill. en la 3. de Toro, verb. Intervenga::

paradamente, ò juntas de conformidad, (ya sean los herederos legitimos, ò estraños,) ha de intervenir en su otorgamiento la respectiva solemnidad, y calidad de testigos expresada, sin que por ser dos, ò mas los otorgantes, se necesite duplicidad de testigos, pues bastan los referidos, (1) y asi se practíca; y si carecen de ella, son imperfectos, y aunque el Rey sea instituido por heredero, no llevará la herencia; (2) pero siendo perfectos, y arreglados, no pueden ser rescindidos, sin embargo de que intervenga para ello rescripto del Principe. (3)

218 El ciego no puede testar sino nuncupativamente; (4) y en el otorgamiento de su Testamento deben intervenir con precision cinco testigos, y no menos, como lo dice expresamente la *ley 2. tit. 4. lib. 5 Recop.* cerca del fin. *T mandamos que en el Testamento del ciego intervengan cinco testigos à lo menos:* (la qual corrige en quanto à su numero la 14. *tit.* 1. *Partid.* 6. que manda sean siete, y un Escribano público, para que como carece de vista, no sea engañado, ni se le suplante una escritura por otra, lo qual no puede suceder al que tiene vista, y no sabe leer, por lo que no le prohibe la ley que teste *in iscriptis*); pero no es preciso que sean vecinos, porque ninguna ley lo previene, y asi aunque carezcan de esta qualidad, si les asisten las demás, y presencia Escribano, valdrá el Testamento, el que firmará à su ruego uno de los testigos, como en todos los instrumentos lo preceptúa la ley, (5) segun en el cap. 16. n. 3. explicaré, pues solo siendo el Testamento cerrado, es indispensable que firmen todos los testigos, ò unos

(1) Burg. de Paz, en dicha ley 3. de Toro num. 1230. y sig. Castill. ibi verb. Siete testigos: vers. Dicitur hic in textu. Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 6. num. fin.

(2) Leyes 2. tit. 4. lib 5. Recop. Ex imperfecto 3. Cod. de Testam. y 14. tit. 1. Partid. 6.

(3) Ley 10. Cod. de Testam. Matienzo en la 2. cit. glos 2. hasta la 7. y en ella, y en la 1. Acebedo, y en la 3. de Toro, Gom. y Burg. de Paz

(4) Leyes Hac consultissima 8. Cod. Qui Testamenta facere pos. y 14. tit. 1. Partid. 6. Matienz. en dicha ley 12. glos. 8. num. 2. y 3.

(5) Matienz. en dicha ley 2. glos. 8. n. 3. y fin.

unos por otros, mas no en disposicion testamentaria nuncupativa; bien que aunque la firmen todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley no lo prohibe.

219 Y si no concurre, ni puede ser habido Escribano, deben estár presentes à su otorgamiento ocho testigos, segun lo manda la referida *ley* 14. *al fin::: E si Escribano público non se pudiere haber, deben haber otro que lo escriba, è que sean con él ocho testigos en lugar del Escribano*; y concuerda con ella la 8. *Cod. Qui testam. facere pos.* las quales no están derogadas, ni corregidas por derecho mas nuevo; y en este caso se ha de hacer publicacion, y practicar las mismas diligencias, que para los Testamentos hechos verbalmente, ò en Cédula. (1) Y aunque la ley inserta previene que el Escribano, y todos los testigos lo sellen, y firmen, ò unos por otros, no se observa esta disposicion, y lo que se hace es, firmar uno de los testigos por el ciego, y el Escribano por sí, como en el del que no lo es, y nominarse los demás al fin de él, como en otro qualquier instrumento, y se estima por suficiente esta solemnidad, porque las subscripciones, ò firmas de los testigos están subrogadas hoy en lugar del sello de que habla el derecho antiguo, segun afirma *Matienzo en la ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 5. *num.* 2. y no se usa poner sello, sino las firmas.

220 De ningun Testamento, Codicilo, ni de otra disposicion testamentaria pueden ser testigos los condenados por libelos infamatorios, ò cantaleta que hayan dado à otros con intencion de infamarlos, ò por ladrones, homicidas, traydores al Rey, ò Republica, ù otro delito semejante: los Apostatas de nuestra Santa Religion, aunque despues se conviertan: los menores de catorce años: las mugeres: los locos mientras lo están: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos, y totalmente sordos: el hermafrodita (que es el que par-

(1) Gom. en la ley 3. de Toro num. 51. y 52. Matienz. en dicha ley, y glos. 8. num. 5. Parlador. differ. 14. num. 16.

participa de las naturalezas de ambos sexos, porque esta voz se compone de las Griegas *Herma*, que en nuestro castellano equivale à masculino, y *Aphrodi*, que quiere decir hembra,) excepto que su naturaleza se incline mas à varon, que à hembra: ni los siervos; pero si alguno reputado comunmente por libre, presencia como testigo, y se verifica luego que es esclavo, no se anulará por esto el Testamento. (1) Tampoco pueden ser testigos el heredero en él instituido; ni sus padres, descendientes, hermanos, ni parientes dentro del quarto grado por afinidad, y consanguinidad contado segun derecho civil, sobre la contienda que tubiese el mismo heredero con los parientes del Testador, ò con otros en razon del Testamento en que fue establecido: (2) ni los que no entienden el idioma del Testador, aunque el Escribano se lo explique, pues serán testigos de éste, y no de aquel, y asi se les contempla como ausentes; acerca de lo qual vease à *Castillo* en la ley 5. de Toro, verb. *Intervenga*; ni tampoco el ciego, porque no puede ver al Testador, y es preciso que los testigos lo vean, como en el n. 216. dexo explicado.

221 A los Legatarios permite el derecho (3) ser testigos en los Testamentos, y ultimas voluntades, en que se les dexan legados; pero pudiendo asistir otros, no los admita el Escribano, porque el Legatario *hæres quoddam modo dicitur.* Los Clerigos ordenados *in sacris* tambien pueden serlo, porque no les está prohibido, y por lo mismo se entiende permitido. Los Regulares profesos aunque no tienen voluntad, ni son vecinos de pueblo alguno, ni tampoco se les contempla vivos, por haber renunciado el Mundo, y estár fuera de su Sociedad, y por lo propio parece

(1) Leyes 17. tit. 16. Partid. 3. y 9. y 10. tit. 1. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Hermafroditus per tot.

(2) Leyes 9. y 11. tit. 1. Part.6. y Qui testamenta, ff. de Testam. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. num. 24.

(3) Leyes Qui testamento 20. ff. y Dictantibus 22. Cod. Qui testamenta facere pos. Matienz. en la ley 1. tit 4. lib. 5. Recop. glos. 8. num. 9. al 11.

ce que no deben intervenir en negocios de los que están en él, pues para esto se equiparan al siervo: no obstante, si presencian al otorgamiento de qualquiera ultima disposicion, no se anulará, porque no son siervos, ni las leyes les prohiben ser testigos en ella, ni en otro acto civil, y lo que no está prohibido se entiende permitido: y todo lo referido es bueno para que no puedan testar, tratar, ni contratar, mas no para efecto de testificar, aun en el caso de que no tengan licencia de sus Prelados; (1) pero el Escribano haga que se busquen otros para evitar controversias voluntarias, y necias, y si no pudieren ser habidos, no dexe por eso de autorizar el Testamento, expresando no haberse hallado. Tambien son testigos idóneos para el testamento el fideicomisario, y el executor Testamentario particular, con tal que se haga escritura pública; y sino se hace, y se intenta probar el testamento por testigos; en caso que nada se trate de la herencia entre ellos, y el heredero, y sean rogados para presenciarlo, y no de otra suerte. (2) Pero si los Testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el Testamento en que se los nombre, por la razon porque el heredero está privado de serlo.

(1) Reinfestuel lib. 3. tit. 26. §. 2. n. 13. Julio Claro quæst. 55. §. Testamentum, n. 7. Ferraris Biblioth. verb. Testam. art. 1. n. 24. y sig.

(2) Ley Dictantibus, Cod. de Testam. & ibi Jason Curt. y Corneo. Flores de Mena, Var. lib. 1. quæst. 1. num. 25.

§. XX.

§. XX.

DE LOS QUE PUEDEN HEREDAR y succeder ab intestato.

222 TOdas las succesiones traen su origen, y efecto del derecho civil de cada Monarquía, Principado, ò Dinastia, y su direccion como puramente profana, y temporal es peculiar, y privativa de la potestad politica secular, al modo que la de la Iglesia es toda espiritual, y no se amplía à lo temporal, pues de lo contrario no seria plenitud de potestad la de los Soberanos, si el Papa la tubiese para hacer leyes en materias temporales que obligasen à toda la Christiandad, ni la del Papa, si algun Principe secular pudiese establecerlas en las espirituales, y sagradas; por cuya razon en lo temporal están sujetos los Eclesiasticos à la secular, excepto en lo que los Principes seculares los han eximido, y franqueado, (1) y en el derecho canonico no se conocen forma de succesion testada, ni intestada, ni lineas de ascendientes, descendientes, y transversales establecidas formalmente, ni hubo necesidad de establecerlas. Y aunque algunas disposiciones canonicas prescriben qué numero de testigos debe intervenir en los Testamentos, ya sean, ò no *ad pias causas*, y otras aplican à la Iglesia los bienes que el Clerigo adquiere, especialmente muriendo intestado, y excluyen à sus pa-

(1) Leyes 2. y 8. tit. 1. lib. 2. Fuero Juzg.: 1 2 y 3. tit. 5. lib. 3. y 17 tit. 6. lib 3. del Fuero Real: 4. del Estilo, y 5 6. 7 y 8. tit. 1. Partid. 2. Concil. Lateranens. can. 42. Harduino ad ann. 909. can. 2 Concil. Trolleian. Dupin de antiqua Ecclesi. disciplin. dissert. 7. Anton. Pereir. de suprem. Regum in cleric. potest. per tot.

parientes de heredarlos, (sin que de esta exclusion se penetre el fundamento, porque el Clerigo por serlo no se desnuda del caracter, y concepto de ciudadano, ni dexa de ser pariente de sus parientes, ni renuncia el Mundo, ni se niega à sí mismo, ni muere para las cosas terrenas como el Religioso profeso, antes bien las usa, y por ellas sucede à sus parientes, ni tampoco por el clericato pierden sus bienes temporales la qualidad, y naturaleza de tales,) no se deben tener como leyes eclesiasticas para el efecto de que obligue su observancia à todo el Orbe Christiano, sino como civiles establecidas por un Soberano temporal, qual lo es tambien el Sumo Pontifice, para las tierras de su dominio temporal, por lo que solo en estas deben regir; y asi por costumbre de estos Reynos de Castilla fundada en estos inqüestionables principios, y mandada observar, se sucede en los bienes de los Clerigos sin embargo de que sean adquiridos *intuitu Ecclesiæ*, como en los de los legos indistintamente, segun en el num. 19. dexo sentado, porque son profanos, y temporales, y no espirituales. Y respecto à que nadie puede abrirse el paso para la adquisicion de herencias, sino por uno de dos medios, que son la voluntad del Testador manifestada con arreglo à derecho en ultima disposicion, y el ab intestato de algun pariente: y que en los §§. precedentes expliqué latamente de qué manera adquieren algunos los bienes de otros por virtud de sus Testamentos: cómo deben ordenarse éstos: y otras cosas muy utiles, y dignas de saberse; paso à expresar en este quiénes, y cómo los ganarán ab intestato por razon de parentesco; y aunque parece que no concierne à este Capítulo, y que por lo mismo es superfluo tratar de ello; no obstante, por si se ofrece al Escribano, ò à otro hacer particion de bienes del que haya muerto intestado, ò testado, tengo por conveniente explicarlo, y lo que contendrán los tres §§§. siguientes; y para su inteligencia digo con las *leyes* 1. *tit.* 13. *Partid.* 6. *y* 1. *ff. de Injusto, rumpto, irrito facto Testamento*; que el hombre puede morir ab intestato de quatro maneras: la primera, quando no hace Testamen-

mento verbalmente, ni por escrito, teniendo potestad para hacerlo. La segunda, quando lo hace; pero no observa en su ordenacion, y otorgamiento lo que por derecho está prescripto.

223 La tercera, quando aunque lo haya ordenado como debe, se rompe despues por la supernascencia de algun hijo, de quien no hizo mencion especifica, ni genérica en él; pero en parte están derogadas dichas leyes, porque siendo otorgado el Testamento con la legal solemnidad, se rompe solamente en quanto à la institucion de heredero, como dexo expuesto en el num. 207. y lo dice *la 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* ibi: *Y mandamos que el Testamento, que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto à las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno*; y si contiene la cláusula codicilar, valdrá en todo lo que por derecho puede valer, que es en la mejora de tercio, y quinto, pues sin embargo de que no haga mencion de ella, la llevarán los herederos instituidos, y el preterido su legitima, y no mas, como queda sentado en el num. 204. y para obviar este inconveniente, y perjuicio, se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo, y nombro por mis herederos en partes iguales à Pedro, y Juana mis dos hijos legitimos, y à los demás descendientes de legitimo matrimonio, que por su orden, y grado deban heredarme con arreglo à derecho*; con cuyo adictamento aunque el Testador se case muchas veces, tenga nietos, ù otros descendientes legitimos, y no buelva à testar, no se podrá alegar pretericion, porque no la hay, ni por consiguiente habrá ab intestato por esta causa, por ampliarse genericamente à todos la institucion. (1) Pero la dificultad que me ocurre es; si morirá ab intestato el que no teniendo al tiempo que testa, hijo alguno nacido, ni póstumo, *nombra genéricamente por sus herederos en Testamento, ò en poder para testar à los hijos que procreare constante su matrimonio,*

(1) Ley Gallus 29. ff. de Liber. & posthum. hæredib. instituend.

nio, y fallece bajo de esta disposicion sin haberlos declarado especificamente; como tambien si el Comisario podrá nominarlos, ò expresar sus nombres en el Testamento que ordene en virtud del poder? Y parece que sí à lo primero, porque el heredero debe ser nombrado por su nombre, ò apellido, ò con señales tan claras, que no se dude de él, y asimismo tener existencia *in rerum natura*; y en este concepto se entiende la ley, que queda citada, con cuyo arreglo está estendida la inserta cláusula; pues aunque se permite hacer legados de cosas no nacidas, con tal que se espere que han de nacer, no hay esta permision para el heredero. Y en quanto à lo segundo: que el Comisario no puede nombrarlos por la prohibicion legal que se lo obsta, y al Testador conferirle esta facultad; pero la práctica está contraria, porque los hijos son herederos forzosos, y como tales aunque no sean nombrados especificamente, lo son genéricamente por sus padres, pues el Comisario no los nombra, sino que declara sus nombres, lo qual es muy diverso, y esto no le está prohibido. He buscado esta especie en diferentes Autores, y no la hallé; los señores Legistas como mas instruidos en el derecho, la controvertirán, y resolverán lo que sea arreglado, pues al Escribano poco importa, respecto no estarle prohibido autorizar el Testamento con la institucion, y declaracion referidas.

224 Y la quarta, quando hace Testamento perfecto con nombramiento de heredero, y éste no quiere aceptar la herencia; y en quanto à ésta digo lo mismo que de la tercera, pues verificado este caso, sucederá el mas propinquo pariente del Testador, y no habiendolo hasta el decimo grado, la llevará el Fisco; (1) bien que hoy no pasa del quarto civil como diré en el num. 236. Pero si nombró substituto, la percibirá éste como segundo heredero; y en ambos casos valdrá todo lo demás que el Testamento contenga, constando de la solemnidad legal de testigos, y siendo

(1) Ley 12. tit. 8. lib. 5. Recop.

do conforme à derecho, (1) como en el num. 207. queda explicado.

225 Para que el Escribano se instruya radicalmente en esta materia de succeder ab intestato, se advierte que el parentesco es de tres maneras: *espiritual*, *natural*, *y legal.* El espiritual es el que proviene del Bautismo, y Confirmacion. (2) El natural, de que aqui se trata, es el que procede de la consanguinidad, y tiene tres lineas, una de descendientes, como son: hijos, nietos, viznietos, &c. otra de ascendientes, v. gr. Padres, Abuelos, Visabuelos, &c. y otra de transversales, ò colaterales, como son: hermanos, primos carnales, primos segundos, tios, sobrinos, y demás parientes por consanguinidad, (3) (de lo qual, y del modo de contar los grados de este parentesco segun derecho Civil, y Canonico; formar, y entender los arboles genealogicos, y de otras cosas trataré difusamente en el Cap. VIII. num. 24. y sig.) Y el legal es el que dimana de la adopcion por ministerio, y disposiciones Civiles, Reales, y Canonicas, (4) ya sea la adopcion perfecta, que es quando el adoptado pasa al poder del adoptante, ò imperfecta, que es quando no pasa, de las quales la perfecta tiene tres lineas como la cognacion natural, y consanguinea: una recta entre el adoptante, adoptado, y descendientes de éste: otra transversal entre el adoptado, è hijos carnales del adoptante: y la otra de afinidad entre el adoptante, y la muger del adoptado. Se advierte igualmente que el parentesco de afinidad (que es proximidad de personas proveniente de ayuntamiento carnal, y careciente de toda parentela; y se llama afinidad, porque es casi unidad de dos à un fin, y porque dos diversos parentescos se copulan en ella por desposorio, ò por coito, ò cópula ilicita, y reprobada) impide el ca-

sa-

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 14.

(2) Cap. 4. 5. 6. 7. y fin. de Cognat. Spirituali. y el tit. 7. Partid. 4.

(3) Leyes 1. y 2. tit. 6. Part. 4. y 2. tit. 13. Partid. 6. y el tit. de Consanguinitate.

(4) Leyes 7. y 8. tit. 7. y 1. tit. 16. Partid. 4. y cap. unic. de Cognat. legali.

samiento entre los afines hasta el quarto grado: que si está hecho, lo anula como impedimento dirimente: (1) y que por él no se succede en los bienes del Afin, ni de dicho parentesco nace otro, como de el de consanguinidad. (2) Asimismo se advierte que los hermanos tienen diversos nombres, unos se llaman *germanos*, ò *utrinque conjuncti*, y son los hijos de un mismo padre, y madre: otros *consanguineos*, y son los de un padre, y de diversas madres: y otros *uterinos*, y son los de una madre, y de distintos padres. Y ultimamente se advierte que asi como los descendientes succeden à sus ascendientes hasta lo infinito por derecho natural, y positivo: succeden ab intestato los transversales hasta el grado que diré, à sus parientes por mera disposicion, y presuncion legal, porque la ley presume que el difunto si hubiera testado, los hubiera instituido, mediante la aficion que por la consanguinidad les tendria, como es natural, y por esta sola razon se llaman tambien *legitimos*, aunque no *forzosos* como los otros.

226 Sentados estos principios como reglas precisas para la inteligencia de la succesion, digo que si el padre, madre, abuelos, ò alguno de los demás ascendientes legitimos muere intestado, heredarán sus bienes el hijo, ò nieto suyo legitimo, ò los que sean en mucho, ò poco numero sin distincion (como antes del Emperador Justiniano la habia) de agnados, ni cognados, que es de varones, y hembras, ya estén en su poder, ò fuera de él. (3) Previniendo que si los hijos son muchos, heredarán todos *in capita*, que es con igualdad; y lo propio sucederá, si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de éste, pues habiendolos, heredarán *in capita*, y los nietos *in stirpem*: quiero decir, que cada uno de los her-

(1) Leyes 12. y 17. tit. 2. y 5. tit. 6. Partid. 4. Concil. Trident. Ses. 24. de Reformat. matrim. Sr. Covar. de Matrim. cap. 6. §. 1. y 7. Sanchez lib. 7. de Matrimon. disp. 64. y sig.

(2) Ley Afinitatis 7. Cod. commun. de Succes. y dicha ley 5. tit. 6. Part. 4.

(3) Leyes 3. tit. 13. Partid. 6. 6. de Toro, y Meminimus 15. Cod. de Legitim. hæred. Auth. In subcecesionem Cod. eód. tit.

hermanos llevará tanta legitima como todos los hijos de su difunto hermano, porque éste como su cabeza, à quien representan, no llevaria mas, si viviera. Y si dexa un nieto solo hijo de un hijo muerto, y dos, ò mas de otro, le heredará aquel *in capita*, representando à su padre, y estos *in stirpem* en representacion del suyo. (1)

227 Si el hijo legitimo muere ab intestato sin dexar descendientes, deben sus padres como mas inmediatos consanguineos heredar todos sus bienes, y sus abuelos nada, (2) porque entre ascendientes no se succede por representacion como entre descendientes, si no por la proximidad de parentesco; y aunque el muerto dexe hermanos, no han de concurrir con sus padres, ni demás ascendientes à la division de la herencia, segun lo manda una ley de Toro Recopilada, (3) que corrige en esta parte otra de Partida, y una Autentica concordante con ella. (4)

228 Si fallece sin dexar descendientes, ni padres, pero sí abuelos, ya sean por linea paterna, ò materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si no hubiere mas que un abuelo por una linea, aunque haya dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, y los hermanos, y sobrinos del muerto nada; (5) porque con la linea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y estár en grado mas remoto. Y si dexa un abuelo por una linea, y un visabuelo por la misma, ò por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propinquo pariente, y el visabuelo nada, al modo que quando concurren padres, y abuelos, no heredan estos cosa alguna.

229 Si dexa solamente hermanos por qualquiera de las dos

(1) Leyes 3. tit. 13. Part. *6*. y 5. tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 4. tit. 13. Partid. *6*. y *6*. de Toro.

(3) Ley 7. de Toro, que es la 4. tit. 8. lib. 5. Recop.

(4) Leyes 4. tit. 13. Partid. *6*. y Auth. Defunto, Cod. de Legit. hæredib.

(5) Leyes 4. tit. 13. Partid. *6*. y 7. de Toro.

dos lineas paterna, ò materna, y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos *in capita*: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguineos, y el sobrino por el de representacion de su padre, que se le estima como vivo; pero si los sobrinos son dos, ò mas, heredarán *in stirpem*, quiero decir que partirán igualmente entre sí la porcion que su padre, ò madre si vivieran, heredarian de su tio, y hermano *respective*. (1) Y lo mismo se deberá practicar *ex testamento*, quando sobreviven al Testador los hermanos que instituyó, y antes de partir sus bienes fallece uno de ellos dexando hijos; y quando el que entra en religion, y no tiene herederos forzosos, hace renuncia à favor de sus hermanos sin otra prevencion, ni limitacion, y despues que profesa, muere uno de estos con hijos; pues en uno, y otro caso como los hermanos adquirieron derecho por su supervivencia, se dividirá su respectiva parte entre sus hijos, y se observarán las reglas del ab intestato sin la mas leve diferencia.

230 Pero sucederá todo lo contrario *ex testamento* quando el Testador nombra por herederos v. gr. à tres hermanos que entonces tiene, si al tiempo que fallece no vive mas que uno de ellos; pues este llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que le premurieron, no entrarán à partir con él *in capita*, ni *in stirpes* à pretexto de que sus padres vivian quando testó, y fueron instituidos juntamente con su tio, y de que por su representacion deben heredarle como este, porque se subrrogan en su lugar, y lo ocupan. Lo primero, porque los sobrinos no fueron instituidos especifica, ni genericamente, ni tubieron derecho à serlo, ni el mas leve à los bienes de su tio contra su voluntad. Lo segundo, porque las palabras se deben entender naturalmente segun su propio genuino, y verdadero significado, y no impropiamente; (2) en el nom-

(1) Ley 5. tit. 13. Partd. 6.

(2) Ley ultim. Cod. de His qui veniam ætatis impetraver. ley Ex ea parte, §. Insulam, ff. de Verbor. obligation. ley Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de Jure Fisci. Cap. Susceptum, de Rescript. in 6.

nombre apelativo de hermanos vienen, y se comprenden los existentes en segundo grado civil, y no los ulteriores; (1) y el derecho no concede representacion *ex testamento* entre los transversales, sino ab intestato, y esto en el caso, y grado referidos, y no en otros. Lo tercero, porque en la disposicion del Testador se debe considerar mas como mas natural la propinqua aficion, y proximidad de grado que la remota. (2) Lo quarto, porque si hubiera querido que à falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos; los hubiera llamado, y substituido, y prevenido este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos con modo colectivo, heredarian *in stirpes* como en el ab intestato; ò los hubiera instituido en disposicion nueva posterior al fallecimiento de sus padres, (3) respecto haber tenido tiempo para ordenarla. Y lo quinto, porque del que está vivo no hay herencia, legados, ni heredero; por la mera institucion no se adquiere derecho à los bienes del que la hace; es indispensable que se confirme con su muerte, (hasta la qual por ser revocable como hija de voluntad deambulatoria, no se puede estimar por tal) y que le sobrevivan los instituidos; porque si le premueren, como no llega el caso de adquirirlo à causa de que ninguna ley concede à los muertos derecho à succeder, ni heredar, y de ser incapaces de ello por falta de existencia, cadúca, ò se debilita, y queda sin efecto la institucion en quanto à ellos con su previo fallecimiento, (y lo mismo procede en la donacion *causa mortis*, segun diré en el cap. 3. n. 41.) y por falta de adquisicion no hay transmision à sus hijos, pues nadie puede transmitir, ò transferir en otro lo que no tiene, ni adquirió; por cuya caducidad, y por ser

ins-

(1) Ley Cum virum 16. Cod. de Fideicommis. Gom. en la 8. de Toro num. 17.

(2) Bart. in leg. Omnia 32. §. fin. ff. de Legat. 2.

(3) Leyes Attius 11. Interdum 13. y Liber homo 59. ff. de Hæredib. instituend. ley Si pater, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend.

instituidos en una cláusula, y oracion, y conjuntos *in re, & verbis* los hermanos; para evitar el absurdo de que el Testador muera en parte testado, y en parte intestado, se acrecen al Superstite las porciones deficientes, ò vacantes, que à vivir los difuntos, les tocarian, y no se transmiten à sus hijos. (1) Acerca del derecho de acrecer vease lo que explico en mi segunda parte lib. 2. cap. 8. §. 3. en donde se tinturará lo bastante el aplicado.

231 No dexando el difunto ascendientes, descendientes, ni hermanos, y sí sobrinos carnales hijos de dos, ò mas hermanos muertos por linea masculina, ò femenina, le heredarán *in capita*, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion, ni cognacion; lo qual se prueba de la *ley* 5. *tit.* 13. *Partid.* 6. que dice: *Mas si éste que muriese sin Testamento, non habiendo ascendientes, ni descendientes, hoviese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ò de su madre, è fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, è partirlos han entre sí por cabezas egualmente*: y como esta ley, y otra de Toro Recopilada, (2) no distinguen, ni dicen si esto se ha de entender ya sean muchos los hijos de un hermano, y los del otro pocos, parece qua debia proceder quando son iguales en número, y que no siendolo, heredasen los más *in stirpem*, y lo menos *in capita*, representando à sus respectivos padres; mas no obstante, se observa la disposicion legal segun suena, y es la razon, porque aunque los hijos de los hermanos (que son primos carnales, y están en quarto grado por derecho civil) entran por representacion à la herencia de su tio muerto, y en ellos empieza se verifica, y extingue el derecho representativo; esto milita, y se entiende quando tienen algun tio carnal vivo, que les sirve de forma, y causa para la representacion, pero no quando son solos, por-

(1) Ley Si ex pluribus 9. ff. de Suis & legitim. hæredib y ley unic. §. In novissimo, y § Cum autem, Cod. de Caduc. tollend.

(2) Ley 8. de Toro, que es la 5. tit. lib. 5. Recop. Matienzo en esta, y Gom. en las 7. y. 8. de Toro numer. 11. al 13.

porque falta el fomento de ella, y por lo mismo entran à heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos, que están en igual grado; y mediante no distinguir la ley, ni estár derogada, ni corregida, debemos arreglarnos à ella, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

232 Si el difunto dexa hermanos *ex uno latere*, que es por una linea, ya sea consanguinea, ò uterina, y *ex utroque latere*, que es por ambas, nada llevarán los medios hermanos, antes bien los enteros partirán entre sí los bienes del difunto de qualquiera suerte adquiridos; y lo propio sucederá aunque los hermanos enteros no vivan, si dexan hijos, pues estos por su representacion los percibirán, y sus medios tios, y los suyos ninguna cosa; (1) lo que no procede en el feudo, emphiteusis eclesiastica concedida solo para los agnados, ni en la succesion por fideicomiso paterno. (2)

233 Si dexa solamente medios hermanos, v. gr. uno por la linea paterna, y otro por la materna, heredará el paterno los bienes que por esta linea poseia el difunto, y el materno los que le tocaban por la materna, y ambos partirán igualmente los que por industria, arte, oficio, ò de otra suerte adquirió. Y à falta de los referidos ascendientes, descendientes, ni transversales le succederá el pariente mas propinquo por qualquiera linea sin diferencia de agnacion, ni cognacion; y si fueren dos, ò mas de un grado, dividirán entre sí con igualdad la herencia sin respecto à la representacion, ò subingresion, (3) porque ésta empieza, y se extingue en los hijos de los hermanos, (que son primos carnales) y no pasa à los demás parientes, y por lo mismo los que haya al tiempo de la muerte intestada en mu-

(1) Ley 5. al fin. tit. 13. Part. 6. Auth. Itaque mortuo Cod. Commun. de Succes. y Auth. Cesante, Cod. de Legit. hæredib.

(2) Surdo cons. 31. num. 33. y Decis. 219. Menochio cons. 187. Mantica de Conject. lib. 8. tit. 7. n. 3. Martha de Succes. legal. parte 3 quæst. 4 art. 3. n. 2. y 3. Fusar. de Subst. quæst 79. n. 22

(3) Ley 6. tit. 13 Partid 6. Auth. Post. fratres Cod. de Legit. hæred.

mucho, ò poco numero, entrarán à heredar *in capita* por la proximidad de parentesco si son iguales en grado, y el que lo tenga mas remoto aunque sea hijo de sobrino carnal muerto antes que su tio, de cuya herencia se trata, nada llevará de esta, lo uno, por estár en grado mas distante; lo otro, por no haber adquirido derecho su padre à causa de su previo fallecimiento; y lo otro, porque entre transversales no concede el derecho representacion de representacion, como entre los descendientes, y ascendientes legitimos, entre los que se estiende hasta lo infinito, por ser herederos forzosos, y derivar, y traer el ser aquellos de estos, lo que no sucede à los transversales, como en el numer. 169. dexo sentado.

234 Si hasta el decimo grado no hay parientes del difunto, y éste dexa muger legitima, ò ella marido, se heredarán reciprocamente; y si son solteros, ò viudos sin succesion, llevará sus bienes el Fisco, segun lo dice una ley de Partida; (1) pero otra Recopilada, y posterior (2) no hace mencion del marido, ni muger viudos; sino del Fisco, por lo que recaerán en éste. Y segun se prueba de dos tambien Recopiladas, y posteriores, (3) faltando parientes transversales dentro del quarto grado civil debe succeder el Fisco en los bienes del difunto, como en el n. 263. diré. Y es de tener presente que el ab intestato no se verifica hasta que el hombre fallece, por lo que aunque toda su vida esté fátuo, ò demente, no adquieren derecho à sus bienes sus parientes hasta entonces.

235 Con motivo de intrometerse los Jueces Eclesiasticos, y Seculares à inventariar, sacar, y distribuir el quinto de los bienes de los que morian ab intestato, ya fuese por no haber hecho Testamento, ni poder para testar, ò porque el Comisario no lo hacia dentro del termino legal, ò por otros motivos, sin hacer distincion de herederos legi-

(1) Ley 6. tit. 13. Partid. 6.
(2) Ley 12. tit. 8. lib. 5. Recopil.
(3) Leyes 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. Recop.

gitimos, y transversales, siendo asi que la *ley* 36. *de Toor*, que es la 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* impone solamente à éstos la obligacion de distribuirlo, y ninguna facultad de las referidas concede à los Jueces: lo que servia de turbar la buena armonia, y tranquilidad pública, y cedia en notable detrimento de los herederos; para exterminar, y cortar de raiz estos abusos, haciendose cargo su Magestad de la ley citada, estableció cierta Pragmatica, su fecha en el Real Sitio del Pardo à dos de Febrero del año pasado de 1766. que se publicó en esta Corte con la solemnidad acostumbrada en seis del mismo, y es la ley 16. tit. 4. lib. 5. Recop. novis. y lo dispositivo de ella dice asi: *Por quanto los Jueces asi Eclesiasticos, como Seculares con abuso de lo dispuesto por la ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recopilacion, la estienden à herederos que en ella se exceptúan, y casos de que no habla con perjuicio de mis vasallos: quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma, y manera que se halla prevenido, ciñendose à lo literal, y expreso de ella; y mando que los bienes, y herencias de los que mueren ab intestato absolutamente, se entreguen íntegros sin deduccion alguna à los parientes que deben heredarlos segun el orden de succeder que disponen las leyes del Reyno, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales, y mas sufragios que se acostumbran en el país, con arreglo à la calidad, caudal, y circunstancias del difunto, sobre que les encargo las conciencias; y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela à ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna Justicia Eclesiastica, ni Secular en hacer inventario de los bienes. Todo lo qual se guarde, y cumpla, sin embargo de qualesquiera estilos, usos, y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales, pues en caso necesario las derogo, y anulo, como opuestas à razon, y derecho, y se recopile esta ley entre las demás del Reyno.* Cuya Pragmatica tuve por conveniente insertar, para que si se difiere su recopilacion, no se dude de su contenido. Pero si

los herederos son menores, y no tienen Tutor que pid el inventario, ò están ausentes, podrán los Jueces respectivos nombrarles Tutor, ò defensor, y mandar inventariar, y depositar con asistencia de éstos en persona segura los bienes de los que mueren intestados, mediante no prohibirselo la Pragmatica, y convenir esta diligencia para evitar su ocultacion, y extravío, y que los interesados en ellos sean perjudicados: mas no sacar quinto de ellos, sino antes bien entregarselos sin desfalco luego que parezcan: ni tampoco asistir al inventario, por no ser precisa su asistencia, como en mi segunda parte diré.

236 Por Real Cedula de nueve de Octubre de 1766. expedida à consulta del Consejo en el Real Sitio de San Lorenzo, se manda que de los bienes que dexan los que mueren ab intestato sin parientes conocidos, y de los mostrencos conozcan las Justicias ordinarias con apelacion à las respectivas Chancillerías, y Audiencias, y no el Tribunal de Cruzada, ni sus Subdelegados, y que se apliquen al Fisco, si fijados Edictos, no compareciesen interesados dentro de un año; y lo dispositivo de ella dice: *Habiendo oido à mi Fiscal en consulta de doce de Junio de este año, me hizo presente quanto se le ofreció sobre este punto: y por resolucion à la citada consulta conformandome en todo con el parecer del Consejo, he tenido à bien declarar por regla general que para lo sucesivo en conformidad de lo dispuesto en las citadas leyes sexta tit.* 13. *lib.* 6. *y la doce tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recopilacion, y tambien en la sexta tit.* 13. *Partid.* 6. *toca el conocimiento de todos los autos de bienes mostrencos, è intestados en que no hubiere herederos conocidos, à las Justicias Reales ordinarias, y en grado de apelacion à las respectivas Chancillerías, y Audiencias en sus casos sin mezcla alguna de los Subdelegados de Cruzada: Que verificado ser los bienes vacantes, ò mostrencos, evaquadas las solemnidades necesarias, los adjudiquen à mi Real Cámara, como mandan las citadas leyes, y que lo noticien de oficio al Intendente de la Provincia para el nudo hecho de la percepcion, à fin de que*

las

las leyes se observen, y evite que personas Eclesiasticas se mezclen en una Judicatura del todo temporal, ni turbe à título de ellas el conocimiento que de estos negocios toca à las Justicias ordinarias, y à mis Audiencias, y Chancillerías; y encargo à mis Fiscales residentes en ellas cuiden por razon de su oficio que no se perjudique à mi Real Cámara en lo que de derecho le pertenece. Y por el cap. 7. de la Instruccion formada en el Real Sitio de San Ildefonsa à 27. de Agosto de 1786. à consequencia de Real Decreto que precedió, se dispone que quando alguno muriere sin hacer Testamento, y no dexáre parientes conocidos dentro del quarto grado, el Alguacil, ò Alguaciles ordinarios de la subdelegacion, ù otra qualquiera persona à cuya noticia venga, haga denuncia de su muerte ante los Jueces subdelegados para el sequestro de sus bienes, y su aplicacion à los parientes que parezcan, ò à los fines que la Instruccion manda; de modo que hoy solo heredan los parientes dentro del quarto grado civil à los que mueren intestados, en consequencia del precepto de las leyes 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. Recop. citadas en el num. 234. por lo que ya no hay motivo de dudas. En quanto à los bienes de los Peregrinos, y Romeros que mueren intestados, vease lo que queda explicado en el §. I. num. 21. pues gozan de privilegio, y excepcion, y no recaen en el Fisco, como lo dice el *Señor Gregor. Lopez en la ley* 31. *tit.* 1. *Partid.* 6. que alli se cita.

237 En los num. 136. y 137. expliqué cómo, y qué pueden heredar los hijos naturales de sus padres, y madres ex testamento, y ab intestato: resta saber en qué conformidad se heredarán entre sí muriendo intestados, à lo qual dá solucion la ley ultima del *tit.* 13. *Partid.* 6. cuyo literal tenor es este: *Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin Testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben haber todo lo suyo; è si otros hermanos oviere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: è esto es por-*

 que

que los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, è los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriese sin Testamento, oviese otros hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente, è non oviese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos à tales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende si el que asi muriese, oviese hermano natural, è legitimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosi decimos que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin Testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes; cuya ley no está corregida, ni derogada, y la explicaré en el Cap. VII. num. 17. al 22. lib. 2. de mi segunda parte.

§. XXI.

QUARTA MARITAL.

238 QUando las mugeres viudas quedan tan pobres que nada tienen con que alimentarse, y sus hijos ricos por haber heredado de sus padres mucha hacienda, pueden llevar la quarta parte de los bienes paternos, que sus hijos deben heredar, con tal que no exceda de cien libras de oro: asi lo dice la *ley* 7. *tit.* 13. *Partid.* 6. cuyo literal tenor es este::: *Paganse los omes à las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa, è derecha es pues que las aman, è las honran en su vida, que non finquen desamparadas à su muer-*

muerte; è por esta razon tubieron por bien los Sabios antiguos que si el marido non dexase à tal muger en que pudiese bien, è honestamente vivir, nin ella lo oviese de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon de esta quarta parte.

239 De cuya ley se prueba que su auxilio, y proteccion se estiende unicamente à las madres pobres; y respecto dexar en silencio à los padres, parece que estos no tienen igual derecho, y privilegio; pero los Expositores quieren que lo tengan, de suerte que el *Superstite*, (cuyo nombre se dá al que queda viudo,) lleve la quarta en el caso propuesto, sin distinguir de marido, ni muger: y añaden que ésta es deuda forzosa, à que tiene accion desde que contraen matrimonio, à mas del quinto, de que el difunto teniendo descendientes puede disponer, con tal que no exceda de la legitima que à cada uno debe tocar: limitandolo à quando uno dexa al otro algun legado suficiente para su conservacion; y que esto se entiende aunque el Superstite pueda sustentarse con su industria, y trabajo, porque la quarta se le concede por honor, y para consuelo del matrimonio perdido. Y sin duda que se afianzan en la disposicion de la Autentica *Præterea Cod. Unde vir, & uxor.* que dice: *Præterea si matrimonium sit absque dote, conjux autem præmoriens locuplex sit, superstes vero laboret inopia: succedat una cum liberis communibus, alterius vè matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores: quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem.* Asimismo dicen que la muger pierde este derecho, si estando viuda vive deshonestamente: y

su propiedad ambos si se casan despues, la que deben reservar à sus descendientes: y tambien que si queda por usufructuaria, nada de ésta la toca, porque con el usufruto puede alimentarse, y cesa la necesidad, cuyo socorro es la causa final de la legal concesion. (1)

240 Y aunque la ley de Partida inserta ninguna mencion hace del marido, me conformo con el dictamen de los Autores, que arreglandose en lo omiso à la referida Autentica, la amplían haciendo mutuo, è igual en caso identico el derecho del viudo con el de la viuda, mayormente atendiendo à que los mas de los hijos se desdeñan de que sus padres sean pobres, y por eso los abandonan, sin hacer caso de la obligacion natural que tienen de alimentarlos pudiendo; ni de que por derecho Real se les manda que lo executen, como consta en el *Proemio*, y *leyes* 1. *y* 2 *al fin. tit.* 19. *Partid.* 4. y por los demás derechos; pero à la verdad no he visto decision judicial en beneficio de los viudos, antes sí haber perdido años pasados en primera instancia un viudo de Talavera semejante pretension, y confirmadose por la Chancilleria de Valladolid; porque la ley de Partida que debemos observar, favorece solamente à la muger, y quita la duda, que resulta de la Autentica por los apelativos *conjux*, y *superstes* con que se explica, que son comunes de dos, y por lo mismo es visto corregirla, y limitarla.

(1) Señor Greg. Lop. en la ley 7. inserta. Tello Fernand. en la 9. de Toro. Leon Cent. 8. Molin. de Just. & jur. tract. 2. disput. 164. n. 19. Castill. en la 6. de Toro versic. Ex hoc compulsus::: Gutier. lib. 2. pract. quæst. 61. num. 4. Gracian. discept. forens. cap. 120.

§. XXII.

§. XXII.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

241 LOS bienes que marido, y muger adquieren, y multiplican constante matrimonio mientras viven juntos, se les comunican por mitad en estos Reynos de Castilla, aunque sea donacion que el Rey, ù otro les haga, (1) ò si los compran, suene la venta en cabeza de uno, ò de ambos, porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no al sugeto en cuyo nombre aparecen comprados, pues para este efecto se gradúan, y estiman los dos por una persona en la legal censura; y sino consta, ni se acredita quales son, ò quanto importan los que cada uno llevó, ò durante él le donaron, ò heredó, todos se presumen gananciales. (2) Del mismo modo son comunes las deudas que contraen, y de ellos deben pagarse; (3) pero cada conyuge tiene obligacion de satisfacer de los suyos propios ya sean, ò no gananciales, las que contraxo, y tenia antes de casarse. (4) En la Ciudad de Cordova, y su Obispado no adquieren gananciales las mugeres casadas, excepto que al tiempo de casarse pacten lo contrario con sus novios, y éstos se conformen, como pueden.

Lo contrario afirma en el nº 244 siguiente, y es lo cierto.

242 De esta regla general se exceptúan varios casos, en

(1) Leyes 1. y 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 203. del Estilo. Rodrig. Suar. en ella versic. Ad finem accedens:: y repet. cap. Pervestras col. 3. versic. Hodie tamen:: Montalvo en ella verb. de Consuno:: Matienzo en la 1. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 1.

(3) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real.

(4) Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 207. y 223. del Estilo.

en que no se comunican à los casados los bienes que ganan mientras lo están: el primero, quando la novia subsiste en su casa, sin haber ido à habitar con su marido, pues entonces como no ha puesto trabajo, ni cuidado en su aumento, y conservacion, (que es uno de los motivos, porque se concede à las mugeres la mitad) no debe participar de ellos. (1) El segundo, quando se divorcian por culpa de uno de ellos, pues el que la tubiere, nada llevará. (2)

243 El tercero, quando cometen delito de lesa Magestad, ù otro por el que segun derecho deben perderlos, ò se pervierten de nuestra santa Religion; pero entonces solo el perpetrador perderá su mitad, y no el inocente: y se reputan por gananciales todos los aumentados hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad, que *ipso jure* incurra en la pena el agresor. (3) Previniendo que si la muger es adultera, ò se buelve Mora, Judia, ù de otra secta, pierde no solo los gananciales, sino su dote, y arras; (4) y lo mismo la sucederá, si contra la voluntad de su marido se vá à la casa de hombre sospechoso, (5) porque se presume adultera.

244 El quarto, quando uno de los dos los adquiere por donacion que el Rey, ù otro le hace; ò por succesion *ex testamento*, ò donacion de algun estraño; ò *ex testamento*, ò ab intestato de sus consanguineos, pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el consorte parte

(1) Montalvo en dicha ley 1. del Fuero glos. 1. Palac. Rub. en la 16 de Toro num. 12. y repet. col. 2. versic. Unde lucra habita ::: Sr. Covar. de Spons. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 6. Castillo en la ley 16. de Toro verb. Durante el matrimonio :: Matienzo en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1 n. 41.

(2) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. versic. Ex quibus notabiliter ::: Matienzo en la citada ley 2. glos. 1. n. 53. y sig.

(3) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop. y 6. tit. 25. Partid. 7.

(4) Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero: 23. tit. 11. Partid. 4: 15. tit. 17. y 6. tit. 25. Partid. 7. y 11 tit. 9. lib. 5. Recop.

(5) Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero, y 15. tit. 17. Partid. 7.

te en ellos; (1) y la razon es por no ser visto haberlos donado, ni dexado à los dos, sino à él solo; à más de que la adquisicion que se hace por succesion, no pertenece à la sociedad, (2) ni por consiguiente es comunicable à los socios. El quinto, quando son castrenses, ò provienen de salario, ò estipendio militar. Lo qual se limita, si los adquieren à expensas de ambos, pues entonces al modo que éstas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos, y éstos de qualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados: por cuya razon los bienes quasi castrenses no son comunicables, pues el oficio de Juez, Abogado, Escribano, &c. concedido al marido es la propiedad, y lo que con qualquiera de ellos gana, fruto, (3) y este se les comunica.

V. el n.º 16. del lib. 1. cap. 11.

245 El sexto, quando el marido enagena constante matrimonio algunos de los gananciales, ò todos: lo que puede hacer sin consentimiento, ni licencia de su muger no siendo castrenses ni casi castrenses, (4) y valdrá, porque ésta no tiene uso de su dominio hasta que su marido muere. Mas si por la enagenacion, ò por otro medio se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo, y no de otra suerte; y en este caso consistiendo los enagenados en numero, peso, ò medida, ò siendo muebles, que no existen, debe el marido de su patrimonio, ò sus herederos reintegrarla su parte, y en su defecto deducirsele de la suya, y aplicarla à su muger, porque es visto haber enagenado los suyos, y no los de ésta por defecto de potestad; y si el marido es pobre, puede la muger haciendo previa excusion en sus bienes, demandarla al que la posea, por haber sido enagenada en fraude,

(1) Leyes 1. y 3. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en la 50. de Toro versic. Secundus, y tertius est:::

(2) Leyes Nec adjecit 9. y Et quia 10. ff Pro socio, y Si societatis 4. Cod. eod. tit. Matienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 6. n. 1. y fin.

(3) Gom. en dicha ley versic. Quartus est: n. 72.

(4) Ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. Acev. en ella per tot.

de, y perjuicio suyo; pero existiendo, no necesita hacer la excusion para reivindicarla del poseedor. (1) En quanto à si podrá, ò no donarlos hay variedad en los Autores, y conformandome con lo que afirma *Acevedo en la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. num. 9. al* 18. conciliando las opiniones, digo que si, con tal que la donacion sea à consanguineos, ò módica, de modo que en qualquier evento no defraude à la muger en la mitad, ò mas del haber que en ellos la toca, porque el marido es el que regularmente los gana con afanes, y desvelos, y la muger poco trabajo tiene en conservarlos, y mayormente en estos tiempos, en que muchas no solo no debian llevarlos, sino perder de su dote, y herencias lo que en luxo, y otras superfluidades desfalcan à los maridos; sobre lo qual habia de haber consideracion à la mas, ò menos aplicacion que tubiesen, y en defecto de declaracion del marido justificasen, para refrenarlas de esta suerte su beleidad, locura, y prodigalidad, y obligarlas por este medio à cumplir con su obligacion, lo que harian si la ley, y Autores demasiado afectos, y apasionados no las protexiesen tanto.

246 El septimo, quando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues pierde los gananciales, debe restituirlos à los herederos de su marido, aunque sean estraños, (2) y viene à ser lo mismo en el efecto, que si no los hubiera adquirido; pero esta pena de restitucion no se estiende al marido, porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger como ésta lo es de él; por lo que, y por otras razones que dá el derecho, (3) no puede acusarlo de adultero, como él à ella. El octavo, quando la muger renuncia los gananciales antes, al tiempo, ò despues de haberse casado; pues valdrá el pacto, ò renunciacion asi de los presentes como de los fu-

(1) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. vers. Quintus:: y n. 73. y 74.

(2) Leyes 5. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop.

(3) Ley 1. tit. 17. Partid. 7. Tello Fernandez en la 6. de Toro numer. 22. Gom. en la 14. n. 14. y en la 50. n. 73. al fin, y 80.

futuros, pero entonces no debe pagar deudas. (1)

247 El nono, quando el marido con Real permiso, ò sin él hace reparos, y mejoras en las fortalezas, y cercas de las Ciudades, Villas, Lugares, casas, y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos, y succesores no tienen derecho à pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado à darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. (2)

248 Y el decimo, quando alguno de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una, ò mas alhajas fructiferas, de que un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufructuario recae éste en el dueño de aquella, porque como trae la causa de preterito, proviene de la misma porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ésta, no se contempla cosa distinta, y asi no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos terminos, ni es comunicable al otro conyuge, y antes bien se gradúa, y conceptúa para este efecto como si las hubiera llevado en propiedad, y usufruto à su matrimonio; pues quando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende à éste, y no à aquel; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican à los casados, y deben servir para ayuda à superar las cargas matrimoniales. (3)

249 Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ò adquiera durante él mas bienes que el otro de qualquier calidad que sean sin excepcion ni distincion de castrenses,

(1) Ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. Morquecho de Divisione bonor. lib. 2. cap. 15. num. 8. y cap. 16. num. 1. y 2. Rodrig Suar. en la ley 1. tit. de las Ganancias, lib. 3. del Fuero, Gom. y Castillo en la 60. de Toro, Palac. Rub. in Repet. Rub. de Donat. inter vir. & uxor. §. 47 num. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. Avend. respons.

(2) Ley 6. tit. 7. lib. 5. Recop. Gom. en la 46. de Toro, Matienzo en la 6. citada, glos. 3.

(3) Leyes 4 ff. de Jur. dot. y 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en la 50. de Toro n. 78 y lib. 2. Var. cap. 15. n. 21. Sr. Castillo, de Usufructu cap. 76. Señor Covarrubias, de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 11.

ses, quasi castrenses, adventicios, ni profeticios, se comunican por igualdad à entrambos todos los frutos que producen, (1) porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos; lo qual procede sin embargo de que al tiempo de la disolucion del matrimonio no estén cogidos, ni separados del suelo, sino pendientes en el fundo, ò cosa que los produce, si son arboles, viñas, y huertas, y sus frutos aparecen, ò se vén nacidos, pues no viendose, tocan al dueño del fundo, y se consolidan con su propiedad; pero si el fundo es mere rustico, en que se siembra trigo, cebada, ù otra semilla que no ha nacido, ni se vé, entonces se ha de dividir ésta, ò su valor entre los conyuges: y si nada está sembrado, nada se comuicará, y solo tendrá obligacion el dueño propietario de satisfacer al conyuge, ò à sus herederos la mitad de los gastos, ò impensas hechas en sus labores aquel año. (2) Y si los frutos son de rebaños, ù otros animales productivos, ya estén nacidos, ò en el vientre de sus madres, se comunican tambien à los conyuges; (3) lo qual se practíca en las particiones, en cuyo tratado lib. 1. cap. 5. §. 5. lo explicaré con mas extension, por ser su propio lugar.

250 Si el marido lega alguna cosa à su muger, no se la ha de contar en su parte de gananciales, sino entregarsela de los bienes propios de su marido; (4) y lo mismo debe practicarse, quando ella le hace algun legado, porque versa igual razon. Y si ambos casan algun hijo suyo, y le prometen dote, ù donacion, deben pagarsela por mitad de los gananciales, y no habiendolos, de sus bienes patrimoniales; pero si uno solo se la ofrece, está obligado à satisfacersela; (5) de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 4. §. 5. de mi segunda parte.

§. XXIII.

(1) Leyes 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, y 26. tit. 11. Part 4.

(3) Gom. en la ley 50. de Toro, num. 71. Matienzo en la 4. tit. 9 lib. 5. Recop. glos. 1. num. 4.

(4) Ley 7. tit. 9. lib. 5. Recop.

(5) Ley 8. tit. 9. lib. 5. Recop.

§. XXIII.

RESERVACION.

251 LA muger que contrae segundas nupcias, está obligada à reservar à los hijos de su primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que hubo de su marido por Arras, Testamento, Fideicomiso, Legado, Donacion intervivos, ò causa mortis, y por otro qualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, (à cuya donacion llaman en latin: *Sponsalitia largitas*,) por lo que no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los del segundo, ni entre otros parientes, ni estraños por no ser dueña, antes bien los suyos propios están tácitamente afectos, è hipotecados à su responsabilidad, ò à la de su importe: debe dar suficiente caucion, y seguridad de restituirselos, y usar de ellos à arbitrio de buen varon, (que es como buen administrador, y padre de familia,) *salva filiis substantia*: (1) y por el hecho de bolverse à casar, pierde el dominio en su propiedad, y la queda solo el usufruto mientras viva; por cuya causa tampoco puede dexar de ellos mas porcion à uno de los hijos de su primer matrimonio que à los otros, y así deben dividirlos entre sí con igualdad, ò à prorrata de su haber con arreglo à la institucion, y Testamento paterno; (2) lo que prevendrá el Contador en las particiones para que conste à los interesados, y à su tiempo usen de su derecho.

(1) Leyes 26. tit. 13. Partid. 5. 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Feminæ 3. Cod. de Secund. nupt. y Mater, quæ Cod. ad Tertillian.

(2) Auth Ex testamento: Authent. In donatione, y Auth. Lucrum Cod. de Secund. nupt.

Tom. I. Q No

252 No solo está obligada à reservarles los mencionados bienes, sino los que herede por muerte ab intestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará unicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, mas no los que le donó otro pariente, ò estraño, aunque sea por contemplacion de su padre: ò adquirió con su industria, y trabajo: ò la dió, vendió, ò permutó: ò recayeron en ella por otro título que no sea de succesion: ni quando queda viuda antes de los veinte y cinco años, aunque dentro del de la viudedad los cumpla: pues la menor edad la exime de la pena de reservacion: ni tampoco los que el hijo la dexó en Testamento, porque en el ab intestato succede meramente por ministério, y disposicion de la ley, y *ex testamento* por la de ésta, y mediante la voluntad de su hijo como si fuera estraño; (1) bien que en mi concepto lo mismo debe proceder *ex testamento* que ab intestato, excepto en lo de que el hijo puede testar, y asi deberá reservar las dos terceras partes, y la otra tercera no, porque de ella puede disponer à favor de quien quisiere, en virtud de la *ley 6. de Toro*, y no disponiendo, se verifica que succeden en ella mediante su voluntad, como succederia un estraño. Y respecto ser esto opinable, se adherirá cada uno al dictamen que mas le convenza.

253 Procede esta obligacion no solo quando la muger se casa segunda vez, sino dos, tres, ò mas, por lo qué debe reservar à cada hijo, ò hijos los bienes que de su respectivo padre hubo; (2) pero si el marido, ò maridos la concedieron licencia para bolverse à casar, ò despues de viuda la impetró del Rey, ò de sus hijos, no está obligada à reservarselos, antes bien se dividirán entre todos con igualdad, (3) porque siempre que los bienes están unidos

(1) Auth. Ex testamento, Cod. de Secund. nup. Matienzo en la ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 15. y 16. Morquecho de Divis. honor. lib. 4. cap. 12. num. 2. al 7.

(2) Ley Cum aliis 4. Cod. de Secund. nupt.

(3) Ley 3. tit. 12. Part. 4. Boer. decis 185. num. 25. Fachineo controv. jur. lib. 3. cap. 65. Gomez en la ley 14. de Toro n.6. Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. Recopil. glos. 2. num. 43.

dos con pleno derecho al patrimonio de alguno, no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos por derecho expresos. (1)

254 En todos los casos en que la muger está obligada à hacer la reservacion à sus hijos: en los mismos sin limitacion, ni excepcion lo está el marido si buelve à casarse; (2) pero de los bienes que multiplican, y adquieren con su industria constante matrimonio, nada tienen obligacion de reservarles, aunque se casen muchas veces, y del tal matrimonio, ò matrimonios en que adquirieron los bienes, hayan hijos, antes bien pueden disponer de ellos como de los patrimoniales, porque los adquieren con su industria, y trabajo, que es título oneroso. (3)

255 Todo lo que dexo explicado, procede, y há lugar quando por muerte del Superstite quedan bienes suficientes para satisfacer à los hijos del anterior matrimonio el importe de los heredados del hijo, ò hijos muertos, y à la muger ultima su dote, arras, y demás derechos que llevó, y constante el suyo heredó, ò quando existen los mismos bienes; pero en caso que no haya para todos: la madre haya dexado, v. gr. tres hijos, y el padre heredado de dos de ellos que murieron ab intestato sin succesion, ò en la edad pupilar las legitimas maternas que les tocaron, è importó la dote de su madre, y despues de muertos, ò antes bueltose à casar ¿se pregunta si muerto el padre, y no existiendo los bienes maternos, será preferida la muger ultima, ò sus hijos por su dote al hijo superstite del matrimonio precedente que pretende la herencia, ò parte materna de sus dos hermanos difuntos que su padre debió reservarle, y de que perdió la propiedad por haber pasado à segundas nupcias?

Y

(1) Ley fin. in fin. ff. de Inofficios. testam. Gomez en la 8. de Toro n. 9. Sr. Covar. in epitome de Succes. ab intest. n. 9. y 10.

(2) Leyes Generaliter 5. Si quis prioris 8. §. fin. Cod. de Secun. nupt. y 4. tit. 1. lib. 5. Recop.

(3) Ley 6. tit. 9. lib. 5. Recop. Gutier. lib. 2. pract. q. 95. num. 21. Gom. en la ley 14 de Toro, n. 6. Matienzo, en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 43.

256 Y parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete à la muger contra los bienes de su marido, sino à sus herederos legitimos; y en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho, por ser creditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion; y que solo tendrá preferencia la segunda en sus bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo superviviente al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho como uno de tres que à la tercera parte de la dote, ni pudo adquirirlo despues por estár satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal, sino hereditaria provenida de la muerte ab intestato de sus hermanos, de quienes es heredero, pues en el instante que ellos, ò su padre como su legitimo administrador se apoderan de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion, y privilegio de dote, por no transmitirse éste al heredero de su hijo, ni à otros, ni revivir despues que espiró; y solo será dotal quando el hijo, ò descendiente legitimo por no hallarse reintegrado de su legitima materna, ò abolenga, la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley unicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo à la de la dote segunda: como la de ésta tiene el de antelacion segun derecho (1) à todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda à quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6. de Toro, y la reservacion à que le obligan las leyes citadas en los numeros precedentes, no es otra cosa que una pena, que le imponen porque buelve à casarse, (pues se presu-

me

(1) Leyes 33. tit. 13. Partid. 5. Licet 7. Cod. Qui potior in pignor. hab. y Dotis Cod. de Jure dot.

me que amará mas à la muger segunda como que la disfruta, y à sus hijos, y por enriquecerlos defraudará à los de la primera, y no es justo que los de aquella se lucren con los bienes de ésta, por no ser sus parientes por aquella linea) por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo superviviente, el qual por beneficio de la ley es heredero forzoso ab intestato de sus hermanos como consanguineo mas propinquo, y viene à ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin Testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio, ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos; esto es alucinarse, y querer empañar, y confundir la luz con una pura ficcion, y sofisteria, pues no puede haber inmediacion donde hay fisica interposicion de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprehendido virtualmente en la regla de que: *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*: porque à mas de no estarlo, y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que à la dote concede expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelacion; y à los bienes reservables, ò (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre el de tácita hipoteca solo, y si los estimára dotales, se los concederia igualmente, y lo contrario es violentar su sentido literal; lo que se prueba mas bien de que el padre no está obligado à reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que quando la madre es la que hace la reservacion, no procede la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion, y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dexó su madre, te-

ner dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado à debolverlos. Esto es lo que mi corta penetracion alcanza, y seguiria *in judicando*, *& consulendo*, si de ello fuera capáz; pero no obstante me sujeto al dictamen de los Doctos imparciales porque no soy Jurisperito, ni Jurisprudente, pues aunque busqué el caso *in terminis* en varios Autores, no lo hallé, ni vi declarado en Juicio; de lo qual, y de otras cosas concernientes à la reservacion trato con mas difusion en mi segunda parte lib. II. cap. V. *per tot.* y lib. 3. cap. 3. n. 96 à donde remito al Lector.

257 La muger que se casa dentro del año de la viudedad, está obligada à restituir à los herederos de su marido la mitad del lecho quotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiendolos debe deducirse: y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, à bolverlo enteramente à los hijos procreados en aquel matrimonio, pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesion, propiedad, y usufruto; (1) y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservarselo, y ha de gozar de su usufruto durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la *ley* 6. *tit.* 6. *lib.* 3. *del Fuero Real* que de ésto trata, y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto:: *Si el marido, ò la muger muriere, el lecho que habian quotidiano, finque al vivo; è si se casare, tornenlo à particion con los herederos del muerto.* Sobre lo qual vease mi segunda parte lib. 1. cap. 6. La propia obligacion tiene el marido en caso de bolverse à casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion están casados otra vez (ya sea dentro, ò fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue) no se les debe abonar; y así se executorió años pasados en el Consejo, confirmando cierta sentencia de Don Juan Gayon Teniente Cor-

(1) Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Montalvo en ella. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 93. 94. y 95.

Corregidor de esta Villa, por la qual aprobó la particion hecha en estos terminos, de que entre otras cosas se habia agraviado una viuda casada segunda vez. Se previene que aunque el Testador legue al Superstite el quinto, se le debe entregar el lecho, ò su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes à falta de gananciales.

§. XXIV.

DE CODICILOS.

258 EL Codicilo *es una ultima disposicion ordenada antes, ò despues del Testamento, y voluntad manifestada en Escritura breve, y codigo pequeño sin institucion directa de heredero.* (1) Sigue la naturaleza del Testamento, pero no es miembro suyo, porque si lo fuera, no subsistiria como subsiste sin él, pues el miembro no puede permanecer vivo estando separado del cuerpo, excepto que en el se remita à lo que expresará, y ordenará en el Codicilo, en cuyo caso será parte, y miembro suyo. Se introduxo por Lucio Lentulo en tiempo del Emperador Augusto à fin de hacer legados, y fideicomisos, declarar el Testamento, aumentar, disminuir, mudar, y revocar lo que éste contiene, salva siempre la institucion de heredero; y el que es capáz de testar, puede hacerlo ante Escribano, ò de palabra sin su asistencia, aumentando, ò disminuyendo, mudando, y revocando los Legados, mejoras, y demás cosas que el Testamento contenga, excepto el nombramiento de heredero: ò haciendolas en el Codicilo, con tal que de qualquiera suerte intervenga para su validacion la solemnidad de testigos, que

(1) Ley 1. tit. 12. Partid. 6.

que en el numero final de este parrafo expresaré, y para que no se dude de su validacion, poniendo la cláusula codicilar: (1) Puede asimismo hacer Codicilo solo, y morir bajo de él: ò antes, ò despues del Testamento, ò con éste; si lo hace antes, y no otorga luego Testamento, es válido, à menos que lo revoque por otro; pero si otorga Testamento, se revocará, no expresando en éste lo contrario, ò no confirmandolo en él; y si lo hace despues del Testamento, tambien valdrá si no lo revoca por otro. (2)

259 No debe el Testador nombrar directamente heredero en el Codicilo, (3) bien que si lo instituye, se estimará por Testamento, aunque le llame Codicilo, pues se impropian muchas veces las palabras para que sirvan à la intencion del que las profiere, y no se inutilice su disposicion. (4) Ni quitar la herencia al que instituyó en el Testamento: ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él, excepto que en éste diga: *que lleve la herencia con las condiciones, y en la forma que expresará en el Codicilo, y no de otra suerte*, en cuyo caso valdrá la condicion porque solo declara en el Codicilo la que es, mas no se la impone en él, lo qual es muy diverso; y fuera de el citado caso aunque se la imponga, no esta obligado à cumplirla, ni por éste defecto dexará de percibir la herencia. Tampoco puede mudarlo, ni exheredar à sus herederos forzosos, pero sí manifestar el delito, que contra el

(1) §. Codicillis autem Institut. de Codicilis, y ley Hæreditatem 2. Cod. de Codicil. Ferrar. Bibl. verb. Testamentum art. 4. num. 3. 4. 28. y 29. Parlador. different. 14. n. 15.

(2) Instit. de Codicil. §. Non tantum: y leyes 1. tit. 12. Part. 6. Si quis 3. ff. de Jur. codicillor. Ante tabulas 5. ff. de Legat. & fideicommis. y Sive initio 4. Cod. de Codicil.

(3) Ley 2. tit. 12. Partid. 6. & ibi glos. 1.

(4) Ley Insulam, ff. de Præscript. verb. ley Sed & si possesori, §. Item si juravero, ff. de Jure jurand. ley fin. Cod. de Posthum. hæred. instituend. y ley Titius. § Lucius, ff. eod. tit. cap. Intelligentia, de verbor. significat. Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 12. Part. 6. glos. 1. Matienz. en la 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 9. n. 19. Roman. Consil. 31. n. 3. y Consil. 180. n. 5.

él cometieron, pues si fuere de los expresados en el parrafo XVI. y se probáre, perderán la herencia. Ni hacer substitucion mandando que si el heredero nombrado en el Testamento muere antes de entrar en la herencia, le succeda en ella el que instituye en el Codicilo, porque esto es hacer segunda institucion, lo qual le está prohibido; (1) mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando, ò mandando al instituido en el Testamento que entregue la herencia al que establece en el Codicilo: bien que aun quando no se lo mande, ni ruegue, tiene obligacion de entregarsela, quedandose con la quarta Trebelianica si es estraño, y siendo forzoso, con su legitima, y dandole lo de que el Testador puede disponer, que es del tercio, ò quinto, segun sea, (2) pues la institucion directa hecha en el Codicilo, ò en Testamento imperfecto con la cláusula codicilar, se convierte en fideicomisaria. (3) Y se previene que aunque nombre directamente heredero en el Codicilo, no incurrirá en pena el Escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone, ni se lo prohibe, pues se tendrá por Testamento como dexo expuesto. Igualmente puede declarar, y especificar en el Codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el Testamento la parte, y porcion de herencia que ha de percibir, y en qué bienes, si en éste expresó que lo declararia, y se la asignaria en aquel, y no de otra suerte, como queda explicado en el §. VII. n. 104. en cuyo caso llevará lo que le asigne, y no mas; y si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el Testamento son dos, ò más, partirán igualmente la herencia, ò cosa que les dexe. (4) Y lo

(1) Leyes 103. tit. 18. Part. 3.: 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. Partid. 6. y Hæreditatem 2. y Si idem Cod. de Codicil. y §. fin. Institut. eod. tit.

(2) Leyes 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. Partid. 6. Parlador. different. 14. n 10. y 11.

(3) Aillon, ad Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 8. vers. Quod directa: y otros que cita.

(4) Ley 9. tit. 3. Partid. 6.

lo propio milita en memoria testamentaria indubitada citada en el Testamento, y no de otra suerte, como en dicho num. 104. expuse, porque no se defiere en ella la substancia de la institucion, sino solamente el señalamiento de la quota, y calidad de bienes, lo qual es muy distinto, y no está prohibido: y citandose en el Testamento es parte integral de él, mas no, sino se cita. Tambien puede nombrar en el Codicilo Tutor à sus hijos; pero deberá despues confirmarlo el Juez para que pueda usar de la tutela, (1) lo que no es preciso siendo nombrado en Testamento.

260 Aunque ninguno puede hacer dos Testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero, (2) como en el num. 194. dexo sentado; pero si dos Codicilos, ò todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero sino en lo que sean contrarios: ò que la revocacion sea expresa en el todo; (3) y la razon de disparidad consiste en que en los Codicilos se legan, ò dexan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno, y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia, ni contrariedad; pero en los Testamentos se dexa necesariamente la herencia, que es succesion en todo el derecho del Testador difunto, (4) y por eso se rompe el Testamento primero por el segundo, à causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dexarla toda à cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Y sin embargo de que despues de hecho el Codicilo nazca hijo, ò hija al Testador, no se romperá total, ni parcialmente por esta causa; pero el Testamento sí por la preterición, ò su-

(1) Ley Testamento 3. & ibi. Bald. ff. de Testamentar. tutel. Parlad. differ. 14. num. 14.

(2) § Posteriore 2. Institut. Quibus mod. testamenta infirmant.

(3) §. Codicillos autem 3. de Codicil. Instit. y leyes Cum proponatis 3. Cod. de Codicil. y Divi. §. 1. ff. de Jure Codicil.

(4) Ley Hæreditas 62. ff. de Regul. jur.

supernascencia de alguno, (1) excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el num. 223.

261 El Codicilo puede ser abierto, y cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad, y calidad de testigos que en el del Testamento nuncupativo, como lo dice la *ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* ibi:: *Y en los Codicilos intervenga la misma solemnidad que en el Testamento nuncupativo, ò abierto conforme à la dicha ley del Ordenamiento*, y asi no se deben admitir mugeres por testigos de él, (2) no obstante lo que dicen *Antonio Gomez*, y *Burgos de Paz* (3) contra la opinion comun. Se puede revocar el Codicilo como el Testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su confeccion; y lo propio milita en la donacion *causa mortis*, y en otras ultimas voluntades. (4) Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los Codicilos abiertos, ò ampliarse à los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar esta de su solemnidad à continuacion de la que prefine para el Testamento cerrado? Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, y el Escribano, y cinco, sino son vecinos, à lo qual me inclino: y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con éste como en el Testamento *in scriptis*. (5) Y para quitar dudas, y escrupulos, haga el Escribano que presencien los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (6) se requieren los mismos cinco, los quales deben firmar con el Escribano encima del Quaderno como en el Testamento cerrado; y no pudiendo

(1) Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. Partid. 6.

(2) Parlador. differ. 14. n. 16. y 17. y otros que cita.

(3) Gom. en la ley 3. de Toro, num. 70. Burg. de Paz en ella, numer. 1344.

(4) Ley Si quis 22. ff. de Leg. 3. leyes Quod si 4. y Translatio 6. ff. de Adimend. legat. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. num. 38. al 40.

(5) Matienzo en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 9. n. 3. y sig. Gom. en la 3. de Toro, n. 66. versic. Quæro tamen::

(6) Leyes 1, 2. y 3. tit. 12. Partid. 6.

do encontrarlos, lo expresará en el otorgamiento, para que conste. El que quiera saber por qué el Codicilo se llama asi, y otras particularidades curiosas, vea à *Parlador. different.* 14.

§. XXV.

DE LAS DILIGENCIAS que se deben practicar para la apertura de los Testamentos, y Codicilos cerrados, y reducir à instrumentos públicos los hechos de palabra, ò en cédula ante testigos.

262 DExo explicado clara, y difusamente qué solemnidad debe intervenir en el Testamento, y Codicilo cerrados: con qué formalidad deben hacerse: qué puede, ò no disponer en ellos el Testador: y otras cosas tan utiles como precisas para instruccion del Lector, ya sea, ò no Escribano; paso à expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder existen, à manifestarlos à la Justicia: en qué pena incurre sino lo hace: quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla: por qué Juez se han de abrir, y cómo: y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion, ò concierto sobre su contexto. Y en exposicion de estos particulares digo que el que tiene en su poder el Testamento cerrado bajo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la Justicia Ordinaria del pueblo en que éste murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliendolo, pierde el Legado que

que le dexó, el qual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo Legado, debe pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil maravedis à la Real Cámara sin excepcion de personas; y de su presentacion no puede eximirse el Clerigo con pretexto de ser lego el Juez, porque es competente para ello, (1) aunque no para lo demás que ocurra, si se trata de su interés, pues puede acudir al suyo, bien que sobre esto vease la Real Cédula inserta en el lib. y cap. 1. de mi segunda parte num. 8. en la que se ordena lo que se debe hacer.

263 El que tiene interés en el Testamento, ù otro en su nombre con su especial poder puede pedir que se abra, expresando haber fallecido el Testador bajo de él, jurando no pedirlo de malicia, y sí solo por presumir que es interesado, ò la parte à quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el Juez Ordinario secular, y no ante otro, y estando en el lugar el Testamento, hacer el Juez que se trayga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente. (2)

264 Antes de su apertura ha de proveer Auto mandando comparecer en su presencia à los testigos instrumentales, los quales bajo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su examen al Escribano ni à otro, por ser acto personalisimo suyo este) reconocerán sus firmas, y la del Testador, ò del que por éste, ò por algunos de ellos firmó, è igualmente el Testamento, ò Quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ò visto cadaver, y no sabiendolo, pondrá el Escribano fé de él à continuacion del Auto con expresion de haber conocido vivo al Testador, y estár al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa, y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se

(1) Leyes 1. y 2. tit. 2. Part. 6. y 14. y 15. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Ley 2. tit. 2. Partid. 6.

se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el Testamento, ò Quaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante los testigos, y el Escribano, y entregarlo à éste para que lo lea, y publíque delante de todos; y despues de abierto, y publicado, reducirlo à Escritura pública por otro Auto, mandando que se tenga, y estime por Testamento, y ultima voluntad del difunto: que se dén à los interesados en él los traslados, y Testimonios que pidieren de lo que les corresponda, y que se protocolice en los Registros del Escribano, ante quien se abra, interponiendo à todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho, pues hasta que se abre no se debe tener, ni estimar por Escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto, antes bien ignorarlo el Escribano, y testigos, ò à lo menos estos.

265 No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos, basta que compareza la mayor parte, (que à lo menos han de ser quatro) y despues lo ha de embiar à los demás para el mismo efecto, si están en otro lugar, ò enfermos, ò son personas muy condecoradas, ù honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dexar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos, ni la mayor parte, y el Juez conoce que de esperarlos, y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar, y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego bolver à cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestarselo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Y si practicadas estas diligencias, no resultase cosa en contrario, las mandará unir à las otras, y que de todo se dé traslado à los interesados, ò de lo que à cada uno corresponda. Hasta aqui la ley de Partida. (1)

266 Pero si han fallecido todos los testigos, (como pue-

(1) Ley 3. tit. 2. Partid. 6.

puede succeder) ò están en esa opinion, ò ausentes sin saberse su paradero: se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del Escribano ante quien se otorgó si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian, y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fé sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ò se comprueben, (pues todo conduce para la mayor estabilidad del Testamento) y luego el Juez lo mandará abrir en la forma explicada; (1) y si quisiere, rubricará sus hojas sin embargo de que no es preciso, previniendose asi en la diligencia de apertura. Y si el Escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo, y firma, bien que no es rigorosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del Codicilo requiere la misma solemnidad.

267 No puede hacerse pacto, concierto, ni transaccion antes de la publicacion del Testamento cerrado sobre la herencia, ò Legados que contiene, y si se hace, es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos; (2) por lo que aunque uno afirme con juramento que el Testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituirsela. (3) El Juez debe mandar que se dé traslado íntegro del Testamento à los herederos del Testador; y à los demás interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes, ni era en que fue hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida. (4) Lo que actualmente se practíca, es dar testimonio al interesado con insercion à la letra de la cláusula que le compete, cabeza, y pie del Testamento, y na-

(1) Bas theat. jur. prud. part. 1. cap. 5. y 6.

(2) Leyes 1. tit. 2. Partid. 6. y De his controversiis, ff. de Transact.

(3) Ley 25. tit. 11. Partid. 3.

(4) Leyes 103. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 2. Partid. 6.

nada mas, de lo qual no resulta perjuicio, falsedad, ni fraude.

268 Prohibiendo el Testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni se deben especular) que su Testamento, ò parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ò que se publíque, y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo asi el Juez; y si éste entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el Testador no lo haya prohibido; (1) y por eso es buena prevencion que el Juez sin separarse de la presencia de los testigos, y Escribano, lo lea para sí tácitamente antes de entregarlo à éste para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos, y expertos, que saben su oficio.

269 Si el Testamento está dispuesto en cédula, ò esquela simple ante el competente numero de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al Juez con pedimento, expresando si el Testador la escribió, ò quién: lo que pasó en aquel acto: que por no haber Escribano en el pueblo, (ò por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos terminos: y que falleció bajo de ella: y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por Testamento nuncupativo, y ultima voluntad del difunto lo que contiene la cédula: se dén à los interesados las copias, y Testimonios correspondientes: se protocolice todo en los registros del Escribano ante quien se presente: y que à ello, y à sus traslados interponga el Juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento, y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evaquada se lleve para proveer: y estandolo, dará otra providencia, por la qual lo declarará todo por Testamento nuncupativo, y ultima voluntad del difunto, y deferirá á lo demás pretendido; de lo

(1) Leyes 5. y final, tit. 2. Partid. 6.

lo que se instruirá el Escribano por las diligencias que estenderé en el §. fin. num. 326. y sig. Si el Testador lo dispuso de palabra ante el mismo numero de testigos, se practicarán las propias diligencias, à excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por Testamento del difunto*, y omitir la presentacion de cédula, porque no la hay; y declaradas por Testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos; todo lo qual es conforme à una ley de Partida, (1) que no está derogada, ni corregida, y lo que se practíca. Y lo mismo se observará con el que pase ante Notario meramente Eclesiastico, como diré al fin de la nota puesta à continuacion del Auto del num. 332.

§. XXVI.

PODER PARA TESTAR.

270 EL Poder para testar es un acto, y disposicion inter vivos, por el qual se prueba la habilidad, mandato, y comision que se dá al Apoderado, ò Comisario. Este *es el que nombra el Testador para ordenar, y disponer su voluntad ultima, declararla, y distribuir à su arbitrio, y eleccion sus bienes*; à diferencia del Testamentario al qual se comete solamente la execucion de lo que el Testador dexa mandado, (2) y asi aunque muchos los confunden, son diversos. Y el executor, y al mismo tiempo Comisario es el nombrado por el Testador en su Testamento, ò en otra ultima disposicion para execu-tar,

(1) Ley 4. tit. 2. Partid. 6.
(2) Carpio de executorib. lib. 1. cap. 1. n. 37. y lib. 3. cap. 1. y 2. al principio.

tar, y ordenar su voluntad; (1) y asi pueden concurrir en un sugeto ambas qualidades, y facultades, ò la una solamente à arbitrio del Testador. Confieren dicho poder los que no pueden, ò no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene potestad de testar, puede darla al varon, ò hembra que no està privado de ser Personero, ò Apoderado, (de que en el Cap. XI. trataré) para que en su nombre ordene, y formalice su Testamento con arreglo à lo que en el poder mande, y le comunique, y execute lo que el mismo Testador haria por sí mismo, (2) pues el poder no es Testamento, ni por tal se estima; y si es reciproco, solo sirve para el que fallece primero, por lo que el Superstite tiene que hacer nueva disposicion, si no quiere morir intestado. En quanto à si dexando hijos menores el Testador, podrá nombrar personas de su confianza que extrajudicialmente hagan entre ellos inventario, y particion de sus bienes sin necesidad de que intervenga Juez à cosa alguna: vease el lib. 1. cap. 1. num. 16. y la nota sexta puesta en el cap. 10. lib. 2. de mi segunda parte, en donde lo trato latamente.

271 El Apoderado, ò Comisario para testar debe ceñirse precisamente à las expresas facultades que el Testador le ha conferido, sin exceder, y asi no puede hacer Legados, Fundaciones, Mejoras, Substituciones vulgar, pupilar, exemplar, ni otra alguna à sus hijos, y descendientes, exheredarlos, darles Tutor, ni nombrar heredero, sin que para cada una de las cosas referidas le conceda facultad especifica; previniendo que aunque se la dé generica, è indistinta para instituir heredero à su arbitrio, tampoco puede elegirlo, ni nombrarlo, porque este acto es privativo, y personalisimo del Testador, y como tal debe hacerlo por sí propio en el poder, y no nombrandolo, no vale la institucion, que el Comisario haga, có-

(1) Nulli Cod. de Episcop. & cleric. Carpio dicho cap. 1. n. 44.

(2) Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(1) como queda expuesto en el §. VII. num. 103.

272 Pero no está obligado el Testador à nombrar directa, y determinadamente al mejorado, exheredado, substituido, ò Tutor de sus hijos por su nombre, como al heredero, pues basta que conceda facultad generica al Comisario para mejorar, exheredar, substituir, ò dar Tutor, eligiendo de personas ciertas qualquiera de ellas, v. gr. si tiene tres, ò quatro hijos, que mejore al que de ellos quisiere: ò que de Pedro, Juan, Diego, y Francisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por Tutor de sus hijos, (lo qual se llama nombrar persona incierta de ciertas) porque en este caso la substancia de la mejora, exheredacion, substitucion, ò tutela no se confiere en la voluntad de tercero, sino la eleccion de la persona, que es accesoria, como dicen los Autores; (2) lo qual se prueba claramente de la ley 5. que abajo se cita, y cerca del fin dice:: *Salvo si el que le dió el tal poder para facer Testamento, especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para facer heredero, nombrando el que dá el poder por su nombre à quien manda que el Comisario faga heredero; y en quanto à las otras cosas, señalando para que le dá el poder; y en tal caso el Comisario pueda facer lo que especialmente el que le dió el poder, señaló, y mandó, y no mas.* En quanto à si podrá el Comisario delegar, ò substituir de propia autoridad su comision en otro, ù otros para practicar lo que el Testador le ordenó, y no pudo, ò no quiso hacer por sí: digo que no, porque es acto de nudo ministerio para cuya evaquacion eligió la industria de su persona, y de ella confió. Y si para delegar le confirió especial facultad, podrá hacerlo, con tal que sea à alguna, ò algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo Testador haya nombrado, v. gr. de los Abogados de tal Cole-

(1) Ley 31. de Toro, que es la 5. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 3. à la 8. Gom. en la 31 de Toro, num. 4. Gutier. lib. 2. pract. quæst 42.

legio, al que quisiere, pues en otros terminos tampoco puede substituir su comision, no obstante la facultad especifica; y lo mismo procede para nombrar Executores Testamentarios. Pero si el Testador mandó que por muerte del Comisario se transmitiese su comision à su heredero, pasará, porque es visto haber subrrogado à otro. Y lo mismo procede quando la comision se dió al que obtuviese cierta dignidad, pues no se extingue con la persona, antes bien pasa al succesor en la misma dignidad, à quien elige, y de quien confia; (1) y así es diverso este caso de los dos primeros, lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra.

273 Si el Testador dió solamente facultad generica al Comisario para ordenar su Testamento, y no nombró heredero en el poder, no puede por virtud de éste hacer mas que descargar su conciencia pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su hacienda por su alma; pues el resto se ha de dividir entre los parientes que ab intestato deben heredarle, y no teniendolos, debe el Comisario disponer de él à beneficio de su alma, y no en otra cosa, dexando à su viuda si la tubiere, lo que por derecho la toque. (2) Previniendo que aunque el Testador se la conceda para consignar la mejora, no debe hacer la consignacion, porque le está prohibido, (3) como en el §. V. num. 70. queda sentado.

274 Tampoco puede revocar en todo, ni en parte sin poder especial el testamento que el Testador hizo: (4) ni el que el mismo Comisario otorgó en virtud del poder: ni despues de hecho otorgar Codicilo, aunque sea *ad pias causas*, y reserve en sí la facultad de revocarlo, añadir, dis-

(1) Tello Fern. en la ley 31. de Toro num. 4. Matienz. en la 5. tit 4. lib. 5. Recop. glos. 8. num. 2. al 4. Carpio lib. 3. cap. 7.

(2) Ley 32. de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 5. Recop.

(3) Ley 19. de Toro, que es la 3 tit. 6. lib. 5. Recop. Matienz. y Gom. en ellas.

(4) Ley 34. de Toro, que es la 8. tit. 4. lib. 5. Recop.

disminuir, ò hacer alguna declaracion, (1) porque si esto se permitiera, se cometerian muchisimos fraudes; y asi debe evaquarlo todo en el testamento que ordenó en uso del poder, si éste carece de dichas especialidades.

275 Quando el Testador instituyó heredero en el testamento, y en este estado dió poder al Comisario para que lo concluyese, no puede éste mandar despues de satisfechas las deudas, y cargos de aquel, mas que el quinto de sus bienes, y si mas mandare, no valdrá, à menos que para ello le haya conferido especial facultad; (2) de cuya legal disposicion se prueba que el testamento puede principiarse en vida del Testador, y concluirse despues de muerto. (3)

276 Para cumplir, y executar todo lo expresado, y ordenar el testamento del Testador, no concede el derecho (4) al Comisario mas término que el de quatro meses peremptorios contados desde el dia de su muerte, estando en el lugar al tiempo de ella: seis, si está ausente de él, y dentro del Reyno: y un año, si existe fuera de éste; y si el término referido espira sin haber otorgado su testamento, ni practicado lo demás para que le confirió el poder, no puede usar de éste, ni hacer el testamento, ni aunque pida mas término alegando que estubo ausente, y no llegó à su noticia, se le debe prorrogar; pero si el Testador nombró heredero, ò hizo Legados, ò dispuso especifica, y señaladamente otras cosas en el poder, está obligado el Comisario à evaquarlo todo, y si no lo hiciere, será habido por hecho, (5) y valdrá, constando el poder de la solemnidad legal, y no de otra suerte; de modo que pasado el respectivo término referido, bien podrá el Comisario hacer el testamento ciñendose à lo lite-

(1) Ley 35. de Toro, que es la 9. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 3, y 4.

(2) Ley 37. de Toro, que es la 11. tit. 4. lib. 5. Recop.

(3) Sr. Castillo, lib. 4. Controv. cap. 40. num. 40. Matienz. en dicha ley 11, glos 1. num 2.

(4) Ley 33. de Toro, que es la 7. tit 4 lib. 5. Recop.

(5) Ley 33. de Toro citada, vease à Carpio lib. 3. cap. 1. per tot.

teral, y expreso del poder; mas no exceder de lo que este contenga especifica, y expresamente, como quando lo ordena dentro del término, aunque el Testador se lo haya comunicado.

277 Y para evitar el perjuicio que se puede irrogar al heredero, y demás interesados por la negligencia, malicia, ò imposibilidad del Comisario, conviene que el Testador le prorrogue el término no solo para cumplir lo que dexa expresado, y ordenado en el poder como si fuera Testamentario, ò Albacea, sino para hacer su testamento, disponer, y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado, y comunicará, y evaquarlo todo; pues como el derecho (1) le concede la facultad de testar à su arbitrio, con tal que se arregle à las leyes, porque ninguno puede hacer que éstas no tengan vigor contra su desordenada voluntad, (2) segun queda sentado en el num. 60.) y la de Toro no le prohibe prorrogarselo, antes bien fue establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta, y exactamente, puede hacer la prorrogacion para uno, y otro, y renunciar todo lo que cede en su privativo beneficio; (3) por lo que conteniendola el poder, no se detenga el Escribano en ordenar en su virtud el testamento con todo lo que diga el Comisario le comunicó el Testador, y mandó declarar, y executar, aunque esté pasado el término legal; pero si carece de ella, no lo autorice, à menos que sea unicamente para la evaquacion de lo que expresa, y señaladamente contenga, porque con el término legal espira su potestad para lo demás; no es parte legitima para declarar, ni hacer lo que el Testador le comunicó, y no consta en el poder: y será absurdo notable en el Escribano el autorizar instrumento de él que le cons-

(1) Leyes 1. Cod. de Sacros. Eccles. y Testandi causa 13. Cod. de Testam.

(2) Leyes Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. y 32. tit. 9. Partid. 6.

(3) Leyes Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. y Ipsis rerum 1. Cod. Ut in poses. legat. Gom. en la 33. de Toro, num. 2. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 45.

consta tiene prohibicion legal de otorgarlo, pues por su oficio está obligado à saber las leyes concernientes à testamentos, y contratos, para no estender, ni autorizar los que anulan. De modo que en el poder para testar puede el que lo dá, prorrogar el término legal para hacer el testamento, y para evaquar lo que en él ordene, como Testamentario, que son dos terminos diversos para dos fines distintos; y conteniendo el poder la prorrogacion de ambos, lo puede hacer todo el Comisario, aunque estén pasados, pero sino la contienen, no sino en la forma prevenida, por carecer de facultad para ello.

278 Si el Testador nombra dos, ò mas Comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, ni siendo requeridos, quieren, ò no pueden todos usar del poder, ò muere alguno de ellos: por el mismo hecho pasa el poder à los demás, y estando discordes, se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si en igual numero discordan, deben elegir por tercero al Gobernador, Corregidor, ò Alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos Ordinarios, ò mas, y los Comisarios no concuerdan en qual ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel à quien toque, y executar lo que la mayor parte determine; (1) y para precaver este inconveniente, es bueno que el Testador confiera à cada uno *in solidum* la facultad de practicarlo todo, con la qual cesará: lo concluirá por sí solo el que principie, y los demás en nada tendrán que mezclarse, y asi se hace.

279 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, numero, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo: (2) insertarse, y relacionarse el poder en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarlo: y el Comisario declarar que no le está revocado, suspenso, ni limitado, y

(1) Ley 38. de Toro, que es la 12. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Ley 39. de Toro, que es la 13. tit. 4. lib. 5. Recop.

y que el Testador falleció bajo de él, como por el testamento que estendere en el num. 333. se instruirá el Escribano.

§. XXVII.

DECLARACION DE POBRE.

280 LA Declaracion, ò testamento de Pobre es una ultima disposicion que hace el que no tiene bienes. Debe contener para su validacion los quatro requisitos explicados en el §. I. num. 23. è intervenir en su otorgamiento la misma solemnidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene Legados, Fundaciones, ni Mejoras, porque el pobre no tiene de que hacerlas, y por eso pide al Parroco en cuya Parroquia fallezca, ò à otro sugeto que lo mande enterrar de limosna, y haga el bien que pueda por su alma.

281 Dudan algunos Escribanos si por esta disposicion podrá el Testador capáz de testar hacer Mejoras, Substituciones, Legados, Fundaciones, y todo lo demás que por el testamento; y se responde que por lo respectivo al estado en que se halla, no, porque si no tiene bienes, de que ha de hacerlas? Pero de los que pueda adquirir en lo succesivo, sí, porque à ninguno está prohibido prevenirse quando está bueno, y disponer de los bienes que adquiera en adelante, lo que tal vez no podrá entonces, por hallarse enfermo, ò incapáz; y si para que sea válida su disposicion, nombra heredero de ellos, que es lo mas, mejor podrá hacer todo lo referido, que es lo menos; por cuya razon no se detenga el Escribano en autorizarla con todo lo que quiera el Testador disponer legalmente, hablan-

blando siempre de bienes futuros, pues en ninguna pena incurrirá por ello. (1)

§. XXVIII.

PREVENCIONES UTILES, que debe tener presentes el Escribano para el acierto en las materias de este Capítulo.

282 AUnque debe observarse como ley la voluntad del Testador, y por ser libre, parece que puede testar, y disponer à su arbitrio: no obstante, porque contempla justas, y permitidas algunas cosas que no lo son, se le previene que si fuere contra derecho, y buenas costumbres, no se cumplirá, pues ninguno tiene facultad de inmutar, ni alterar la forma por derecho (2) prescripta: sin que por esto deba decirse que se le restringe, y limita la libertad natural, porque en sujetarse à las leyes se hace, y acredita ser verdadero dueño, y señor de sus propias acciones; lo qual procede, aunque renuncie expresamente la ley, y costumbre, y mande que se cumpla solamente lo que dexa ordenado, pues será infructuosa la renunciacion, y se frustrará su voluntad, porque todo hombre excepto el Principe, está sujeto à la ley. (3)

283 Y para que por la impericia de los Escribanos no se fomenten discordias, ni pleytos, se les advierte que el de-

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, num. 16. Matienz. en la 3. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 7.

(2) Leyes Testandi causa 13. Cod. de Testam. Nemo potest: 55. ff. de Legat. 1. y 32. tit. 9. Part. 6.

(3) Ley Digna vox 4. Cod. de Legib.

derecho reprueba la voluntad del Testador en quanto: *Prohibe à los Arzobispos, Obispos, y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas, y administracion de bienes de la Capellania colativa, ò Memoria de Misas que dexa fundada, y manda que si se intrometieren en su conocimiento, se conviertan en otros fines los bienes afectos à ella, y en este caso la revoca, y anula en todas sus partes.* Cuya cláusula es injusta; lo primero, porque dichos Principes Eclesiasticos por sus Dignidades, y empleos son cumplidores de ultimas voluntades pias, (1) y ningun Testador puede quitarles la accion, y conocimiento que el derecho canonico les tiene concedido, y por el propio hecho de la Fundacion les confiere el mismo Testador, porque en ellos renunció el suyo; bien que el Juez secular no está excluido de serlo, y asi puede hacer que se cumpla lo ordenado por el Testador, ya sea, ò no piadoso, con tal que no sea espiritual, porque esto le está prohibido, y lo demás es *mixti fori*, y preventivo; acerca de lo qual vease à *Carpio de Executorib. testam. cap.* 21. *per tot. lib.* 1. Lo segundo, porque interin tubo éste los bienes en su poder, pudo hacer de ellos lo que quiso como dueño; pero una vez erigidos en Eclesiasticos, aceptados, y poseidos como tales por personas Eclesiasticas, y sujetos à esta jurisdicion, ignoro por qué regla puede desposeerlos de la nueva aunque accidental naturaleza que adquirieron. Y lo tercero, porque de executarse la referida voluntad, à mas de ser implicatoria, y opuesta à sí misma por el hecho de erigir Capellania colativa, y prohibir su cuidado al Juez privativo à quien compete, seria franquear la puerta à fraudes: quedarian ilusorias, è ineficaces las ultimas disposiciones: los administradores de bienes destinados à obras pias consumirian su producto, y mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su

ad-

(1) Concil. Trident. Ses. 22. cap. 9. de Reformat. Señor Salg. de Regia protect. part. 2. cap. 11. Gutier. repet. leg. Nemo potest n 449. al 451.

administracion, è inversion: y los interesados en ellos carecerian del alivio que tal vez estimulado de superior impulso les subministró por este medio el Testador; sin que lo obste la revocacion que incluye la cláusula inserta, porque como se funda primero la Capellania, è inmediatamente la hace colativa el Juez Eclesiastico, ò por mejor decir la aprueba, y confirma lo que el Testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas à su jurisdiccion: el Capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; quando se verifica intrometerse à zelar sobre su cumplimiento, y administracion de sus bienes, ya nada es del Testador, ni de sus herederos, por cuya razon no puede mandar sobre lo ageno, ni debilitar por medio de su irregular disposicion el vigor que los bienes adquirieron, y asi no se observará su voluntad.

284 Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en quanto: *probiben que à los Tutores de las personas, y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion, y distribucion de su producto*; pues por el dolo que pueden cometer, deben darla. Igual obligacion tiene el Despensero, ò Mayordomo; pero esto se entiende de la administracion futura, y no de la pasada, (1) pues de ésta puede relevar al administrador, con tal que no haya engaño, porque si lo hay, no valdrá la relevacion. (2)

285 Si el Testador manda: *Que no valga la costumbre, y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ò de él en que tiene bienes en quanto à lo que en su Testamento dexa ordenado, y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su Testamento, y no la costumbre, ni fuero*, no se observará su voluntad; y la razon es, porque ninguno puede derogar el derecho público, y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley: (3) y

(1) Leyes 29. y 30. tit. 11. Partid. 5.: Ita autem 5. § 7. ff. de Administ. & pericul. Tutor. y regla 17. tit. 34. Partid. 7.

(2) Ley 30. tit. 11. Partid. 5.

(3) Inst. de Jure natur. gent. leyes Testandi causa 13. Cod. de Testam. y Ita autem citada §. Ex non scripto: y todo el tit. Cod. Quæ sit longa consuetudo.

y solo podrá hacerlo quando es personalisimo à él mismo; por lo que en este caso será lo mejor que vincúle los bienes à título de mayorazgo, pues se entra à su obtencion, y goce *jure succesivo* con arreglo al llamamiento, y no *jure hæreditario* como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben bolver al tronco, y la raiz à la raiz.

286 Se estimará por irrita, y nula, *si dexando à alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y à otro por Propietario, manda que éste no pueda compeler à aquel à inventariarlos, ni à dar fianzas de restituirselos, y usar de ellos, como es obligado*; porque el que adquiere derecho à su propiedad en el instante que el Testador fallece, es el propietario, el qual queda legitimo, y verdadero dueño de ellos, por cuya razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del util para desde el dia siguiente à él en que el usufructo espire, pues mientras dura, está suspenso: desde que se finalíza en adelante se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo, por lo que puede compeler al usufructuario à la confeccion del inventario, ò descripcion de ellos con asistencia suya, y à que dé fianzas saneadas de restituirselos, y no disiparlos, y le entregue los titulos de su pertenencia, si los tiene, pues de no darlas, si los consume, ò dexa en tan deplorable estado que el propietario no halle que heredar, no tendrá contra quien repetir, y además se le dá ocasion de delinquir, por lo que no bastará su caucion juratoria. (1)

287 Pero si el Testador *le confiere amplia facultad para vender los raices, y muebles preciosos que necesite, sin pedir licencia al propietario, ni á la justicia, en cuyo caso le instituye por heredero de los que venda con necesidad, sobre la que le encarga la conciencia, y manda, que el pro-* pie-

(1) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 15. y 16. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 1. al 24.

pietario no pueda compelerle à dár cuenta de su consumo, ni deterioro, ni fianzas, y que se contente con los que dexe en el estado en que se hallen, y si no se contentare, que se estime por su universal heredèro el usufructuario. En este caso me parece que no podrá apremiarle el propietario à darlas, y que debe contentarse con los que se encuentren por su muerte, porque el Testador es arbitro de su voluntad, y como dueño de sus bienes puede hacer de ellos lo que quisiere, y legalmente esté permitido.

288. Para que el Escribano sepa qué es usufructo, cómo debe el usufructuario dár la fianza, y otras cosas, trataré de ellas de paso, porque como no es materia correspondiente à este capítulo, no debo hacer digresion difusa. El usufructo *es un derecho de usar, y gozar el fruto de las cosas agenas, sin deteriorarlas, ni disminuirlas.* (1) Es de quatro maneras: *natural*, *industrial*, *legal*, y *convencional.* El natural es aquel para cuya produccion no es necesaria la industria humana, por bastar la naturaleza. El industrial es el que la necesita para ser producido. El legal es el que no es producido por la naturaleza, ni industria, sino unicamente por ministerio, y concesion de las leyes. Y el convencional es el que proviene de la voluntad del hombre por contrato, ò ultima voluntad. Otras divisiones hacen los Autores: el que quisiere saberlas, y quánto tiempo dura el usufruto, cómo debe gozarlo el usufructuario, qué obligaciones tiene, por qué se gana, y pierde, qué diferencia hay entre uso, y usufruto, usuario, y usufructuario, y sus facultades, y otras especies concernientes à esta materia, vea las leyes, y Autores que se citan, (2) pues por la razon expuesta, y to-

(1) Instit. de Usufructu, leyes 1. ff. eod tit. y 20. 22. y 27. tit. 31. Partid. 3.

(2) Leyes 20. hasta la final tit. 31. Partid. 3. Señor Castillo de Usufructu, Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. Garcia de Expensis, cap 10. y 11. Gom. lib. 2. Variar. cap. 15. Morquecho, lib. 4. cap. 11. n. 44. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Ususfructus, y otros que estos citan.

tocar mas à Legistas que à Escribanos su pericia, omito explicarlas.

289 En quanto à la fianza, digo que si los bienes que ha de usufructuar, son raices, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas: ò ganados productivos en quienes se verifica propiamente usufruto, porque producen, y su producto es distinto, y se separa de la propiedad: ò casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufruto, sino uso, y habitacion, ò comodidad: ha de dar la *de utendo, & fruendo arbitrio boni viri, salva rerum substancia*, que quiere decir, de usarlos, y gozarlos à arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa, ù omision no se destruyan, ni deterioren, para bolverlos, y restituirlos à sus herederos del mismo modo que los recibió; y el modo de usarlos à arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas, y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos, ò arboles se secan, ò arrancan, plantar otros: dar de comer, y tratar bien à los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos de los hijos que procreen: y hacer en las casas, y edificios para su subsistencia, y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puertas, y ventanas, y otros semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores, v. gr. si se hunde la casa, ò parte de ella por caso fortuito, ò amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica, y estimacion de esta Corte son de cuenta del Propietario, el qual como dueño debe executarlos del mismo modo que si la usufructuára, porque estos reparos no solo miran à que la casa no se deteriore, sino à que no perezca. Todo lo qual se entiende, à menos que la ruina provenga de culpa, ù omision del usufructuario, que entonces puede ser compelido à repararla à sus expensas, ò del inquilino, pues estará obligado à lo mismo porque debe saber, y mirar à quién la alquila, y cómo la usa;

usa; sobre lo qual vease al *Señor Castillo de Usufructu cap. 15. y sig.*

290 Si son muebles de los que se cuentan, miden, ò pesan, se consumen enteramente con el uso, en el qual consiste su usufruto, y guardandolos, no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceyte, miel, y otros semejantes, (por lo que su usufruto se llama *quasi usufructo*) y el Testador los dexa en su casa, trox, ò bodega, podrá el usufructuario dar la fianza alternativa, que es de *restituenda re, vel æstimatione*: quiero decir, que si estos bienes se valúan, y aprecian (como debe hacerse) al tiempo que se entregan al usufructuario, la dará de restituir el mimo valor, y estimacion, ù otros tantos del propio genero, calidad, y bondad; si no se valúan, de bolver otros iguales en especie, numero, peso, medida, y valor; y si es dinero, la cantidad numero identica que recibe; y la razon es, porque de estos bienes se le transfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere, (1) lo que no sucede con los expresados en el numero precedente. Pero si quando el Testador fallece, no están cogidos, ni separados del suelo, sino pendientes, y mostrados en el campo, ò arboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufructuario, ni por consiguiente dár fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fundo, y no cosa distinta: y porque el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Mas si las tierras están sembradas, ò beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo qual procede ya sean propias del Testador, ò agenas las fincas que los producen, pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del

(1) Leyes 1. y 2. ff. de Usu, & usufructu rerum quæ usu consumunt. §. Constuitur Instit. de Usufructu, y cap. Cum constet. 8. de Pignor.

del fruto como hipotecado tácitamente por ministerio legal à su solucion, al modo que lo pagaria el Testador; y asimismo debe pagar las demás cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufruto, (1) y à ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho, debe sufrir el gravamen. (2)

291 Y si el usufruto es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes, &c. en los quales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos à arbitrio de buen varon, sin estár obligado à responder de su estimacion, pérdida, muerte, ni deterioro, à menos que provenga de culpa suya.* Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen, ò aniquilan, sino que se embejecen, y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casa, vestidos, y otros semejantes, porque en ellos se verifica solamente uso, milita igual razon, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren, ò consumen algunos, ò ponen en estado tan deplorable que quedan inutiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado à responder de los que perecieron sin su culpa; (3) y de lo contrario se verificará que el Testador no le dexa mas que trabajo en custodiarlos, y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Y aunque algunos afirman que debe dar la propia fianza que de los que se consumen con el uso, porque se le transfiere igualmente su dominio, no me conformo con su dictamen por las razones expuestas. Se previene al Escribano que el heredero usufructuario de todos los bienes del Testador, ya sea su muger, ù otro, debe pagar de ellos, y no de los suyos, ni del usufruto las deudas, y legados que dexó, porque su solucion toca

(1) Leyes Si pendentes 27. §§. 3. y 4. ff. de Usu, & usufructu, y 22. tit. 31. Partid. 3.

(2) Leyes Secundum naturam 10. ff. de Reg. jur. y 29. tit. 34 Partid. 7. y cap. Qui sentit. 55. de Reg. jur. in 6.

(3) Ley Quid ergo, 7. §. 3. ff. de Usufructu. Señor Castillo, de Usufructu cap. 17. 18. y 77. Ayora de Partitionibus part. 2. quæst. 24.

ca el propietario, y el usufruto se entiende del residuo que quede libre, bajado lo ageno; (1) y asimismo debe hacerle sus exequias conforme à su calidad, haberes, y estilo del pais, à menos que mande, ò de su voluntad se congeture lo contrario. Tambien toca al propietario quando legó el usufruto de la mitad, ò tercera parte de ellos, bien que entonces no se bajarán las deudas, sino que las pagará el heredero de los demás, como obligado à su solucion, y no el legatario; (2) lo que tendrá presente, por si como Contador se le ofrece hacer alguna particion de esta naturaleza. De esta materia trato con mas extension en el cap. 7. lib. 1. de mi segunda parte, y acerca de ella vease à *Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 25.* hasta el fin, que explica las opiniones que hay, las que omito por no importar al Escribano, y evitarle molestia.

292 El derecho de usufructuar no puede ser vendido, ni enagenado, porque es personal, y no transmisivo; y si el usufructuario lo enagena, lo pierde, y tambien el que lo compra, ò recibe, y pasa al propietario para siempre, porque *ipso jure* se consolída con la propiedad, por lo que en él no há lugar el retracto, como en su lugar diré; pero puede arrendar los frutos que produzcan los bienes dados en usufruto, ò la comodidad, y cederlos, y enagenarlos por toda su vida, ò por tiempo determinado, pues por esto no enagena el derecho formal del usufruto, ò de usufructuar, sino su utilidad, y comodidad solamente. (3) Se previene que quando uno de los conyuges queda por usufructuario de los bienes del otro,

(1) Leyes fin. ff. de Usufructu legat y Usufructu, ff. Ad Leg. Falcid. y subsignatum, § Bona ff. de Verb. signif. Bald. in Consil. 178. lib. 2. Paul. de Cast. in leg. ult. §. Sin autem Cod. de Bonis, quæ liberis, & in Consil. 294. lib. 2. Señor Covar. lib. 2. Variar. cap. 2. num. 4. Morquecho de Divis. bonor. cap. 11. num. 98. y 99. lib. 4.

(2) Sr. Covar. ubi sup. num. 2. Ayora de Partition. part. 2. quæst. 21. num. 67. per tot

(3) Ley 24 tit. 31. Part 3. ley Si ususfructus, versic. Et si extraneo, ff. de Jure dot. y § Finitur, institut. de Usufruct. Gom. en la ley 74. de Toro num. 33.

otro, debe hacer inventario, ò descripcion, particion, y separacion de todos con asistencia del propietario, ò de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra à usufructuar, y sus herederos han de restituir, pues de no hacerlo asi, servirá de confusion, y pleytos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos; y asimismo que si los bienes, ò parte de ellos consisten en tierras que están barbechadas, ò sembradas, y no se vé el fruto, se han de dividir por mitad como gananciales las labores, y semillas echadas en ellas, lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes, y mostrados, de lo qual se instruirá mejor el Escribano en el cap. 5. lib. 1. de mi segunda parte à donde le remito, por lo que no me detengo mas.

293 Es reprobada por derecho la voluntad del Testador en quanto manda: *Que aunque su muger se case segunda vez, no pierda, ni se la quite la tutela, y administracion de los bienes de sus hijos.* (1) porque suele amar tanto al nuevo marido que olvidará enteramente el cuidado de ellos, y aun maquinará su daño: (2) y lo mismo sucede con la abuela; por cuya razon no será obedecido el precepto del Testador, y se quitarán à la madre no solo la tutela, sino los hijos de su poder. Previniendo que sus bienes, y los del nuevo marido están tácitamente obligados à la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos, durante la tutela; y que si estos quedan huerfanos de padre en la edad pupilar sin Tutor, y su madre no pide al Juez que se lo nombre, pierde el derecho de heredarlos en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede à los parientes que deben heredarlos ab intestato. (3)

294 El estrangero, que no está domiciliado en el Reyno en que se halla, debe testar en esta forma: Si la ley,

(1) Ley 5. tit. 16. Partid. 6.
(2) Ley 4. tit. 16. Partid. 6.
(3) Leyes 5. y 12. tit. 16. Partid. 6. Señor Gregor. Lop. en dicha ley 12. glos. 3. y 4. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 5. y 19.

estatuto, ò costumbre de él habla simple, è indistintamente, se amplía, y estiende à todos los que lo habitan, aunque no sean regnicolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida en él; pero si habla con cierto numero de personas, no está obligado à observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellas con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran à la solemnidad del juicio, siempre se atiende unicamente al lugar en donde se celebra el acto; mas en las que conciernen à la substancia, y decision de la causa, al lugar, y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es subdito suyo. (1) Si está domiciliado, y tiene bienes en él, y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme à las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un modo, porque la ley, ò estatuto no puede estender sus efectos fuera de los limites à que se estiende la potestad de su conditor, ò legislador, ni por consiguiente comprende à los bienes sitos fuera de ellos, ni à persona que no es en aquella parte subdita suya; y lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro Reyno, (2) en quanto à poder, ò no testar como he sentado en el num. 9. Lo propio deberá observar por identica razon, aunque no sea estrangero, si posee bienes en Provincia que se gobierna por algun fuero especial, ò municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon, y Cataluña, pues con arreglo à éste, y à las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Y si está connaturalizado, el rescripto de connaturalizacion servirá de regla para lo que se deba practicar, pues el Principe como Legislador, y viva ley puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes sitos en sus dominios, y no fuera de ellos.

Si

(1) Gomez en la ley 3. de Toro num. 20.

(2) Paul. Paris Consil. 2. Volum. 3. Gozadin. Consil. 49. Aceb. en la ley 4. tit. 4 lib. 5. Recop. num. 15. Gom. en la ley 5. de Toro num. fin.

295 Si el Testador nombra heredero en su testamento, ò en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sugeto, ò persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel, ò memoria que está en tal gaveta, ò en poder de fulano*; (nombrandolo) *ò el que Pedro tiene instituido en su testamento*, y concurre à su otorgamiento el competente numero de testigos que oygan esta expresion, no se detenga el Escribano en autorizarlos, pues siendo arreglados, verificandose el nombramiento en el papel, y no dudandose de la fé de la memoria, ò cédula privada, serán válidos; pero no, si habláre de futuro, v. gr. *Quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño; ò que fulano instituyere.* Y la razon es, porque en este caso no se nombra persona cierta, ò indubitada como en el otro. (1)

296 Puede prohibir el Testador que su testamento cerrado, ò la parte que de él lo sea, se abra, y publíque hasta el dia que prefine, (2) y por consiguiente puede ser en parte abierto, y en parte cerrado un mismo testamento; y el motivo porque los Testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ò loco, ò fatuo, y lo substituyen, ò le dexan algun legado, nombrando à otro à su goce en caso que fallezca impubere, ò incapáz de testar, no maquine su muerte el substituto por heredarle; (3) y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *Mando que hasta tal dia de tal mes, y año de ningun modo se abran, ni publiquen tales hojas*, (ha de expresar quantas son) *cosidas* (ò cerradas, segun estén) *dentro de este quaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus clausulas dexo dispuesto, y ordenado: y que lo demás del citado testamento se abra,* y

(1) Gutier. repet. leg. Nemo potet num. 248. y lib. 2. pract. quæst. 41. num. 4. y 5. Sr. Castillo lib. 4. controv. cap. 20. n. 29. y siguient. Mantica de Conject. lib. 4. tit. 4. num. 6. y sig. Albarad. de Conject. mente defuncti lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 2. Matienz. en la ley 1. tit. lib. 5. Recop. glos. 16. num. 13.

(2) Leyes 5. y 6. tit. 2. Part 6.

(3) Ley 6. tit. 2. Partid. 6.

y publique con la solemnidad prescripta por derecho luego que se verifique mi fallecimiento; y encargo al Señor Juez que de su apertura conociere, no altere, ni permita se tergiverse, ni interprete total, ni parcialmente esta disposicion, porque asi conviene, y es mi deliberada voluntad.

297 Si el testamento es nuncupativo, se han de coser, ò cerrar las hojas que el Testador prohibe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar las que son, quantas clausulas contienen, pero no su contexto, è imponer la prohibicion, todo con claridad; y si el Testador puede escribirlas, ò firmarlas, declararlo asi en ellas, que es lo mas seguro; y en su otorgamiento es suficiente la solemnidad de cinco testigos no vecinos, ò tres que lo sean. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula que dexo estendida en el numero precedente.

298 El testamento como cosa, y acto puramente extrajudicial puede otorgarse de dia, y de noche; (1) al modo que los contratos. (2) Quando el Escribano tome la minuta, ò razon de él para estenderlo, ha de estar solo con el Testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su Confesor, presencie à ello sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo; y que pueda explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen salir unas disposiciones violentas, repugnantes, y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias, y pleytos. Nadie ha de saber su contexto si es abierto, hasta el acto del otorgamiento, y entonces solo los testigos, à menos que ocurra gravacion de enfermedad que no dé tiempo para tomar la razon, y estenderlo, que entonces podrán asistir éstos à la toma de razon, y la firmarán, à fin de que pre-

Es antilegal esta doctrina. Vease la lei inserta al n.° 20[illegible]

(1) Ley Ad testium 22 §. Posse ff. Qui testamenta facere pos.
(2) Ley Non minorem 20. Cod. de Transact. Parlador. lib. 2. cap. 20. num. 10.

precedidas sus contextes disposiciones, se reduzca à escritura pública, y delare por testamento, y ultima voluntad del Testador, como el hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede éste estenderlo con arreglo à ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar yá otorgado formalmente, quedandose con la minuta por lo que puede ocurrir, si se dudare de su contexto; lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura, y publicacion despues de estendido, en los terminos prescriptos en el num. 207. y en el 216. de este capítulo. Y se le previene que sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al Testador mientras vive, debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexte que es instrumento público, pues se llama asi porque se otorga ante persona con autoridad pública, y testigos; pero no és público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia, ni testimonio de todo, ni parte de él à otro que al Testador; y despues de su muerte solo à los interesados de lo que les competa (1) en la forma prevenida en el §. XXV. n. 267 al fin.

299 El Escribano debe preguntar indiferentemente al Testador: *à quién dexa por su heredero*, sin nominarle, ni traerle à la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas; pues la pregunta ha de ser verbal, clara, è indistinta, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida, y nacida de su libre voluntad: bien que aunque se lo nombre, ù otro qualquiera no sospechoso, diciendole: *si instituye por heredero à fulano*. Si responde que sí à presencia de los testigos, bastará, porque ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los Autores, (2) y dexo expuesto en el num. 103. pero lo me-

(1) Ley 103. tit. 18. Partid. 3. num. 116. y sig. Matienzo en la l.
(2) Gom. en la ley 3. de Toro tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. n. 4.

al

mejor es que no lo haga, para que no se le atribuya à pasion, ò interés, de los que debe estár enteramente desnudo, y no hacer propios los negocios agenos en ningun caso, ni con pretexto alguno, porque su oficio es, y debe ser absolutamente imparcial.

300 Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso, y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende: ò del que ha perdido enteramente la loquacion, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones, porque es preciso que el Testador manifieste su voluntad con palabras claras, y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciendolas con la cabeza; (1) bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion; (2) y tambien quando sabe leer, y escribir, y escribe por sí mismo su testamento, segun queda sentado en el num. 10. al fin. Todo lo referido no se entiende de los Codicilos, pues estos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma *Gom. en la ley 3. de Toro num.* 111. apoyandolo con varios textos civiles; pero aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

301 Queda explicado en el num. 10. que el loco puede testar principiando, y concluyendo su testamento durante los lucidos intervalos. Y para evitar dudas, y controversias sobre si lo hace, ò no dentro de ellos, dirá el Escribano à algun hijo, ò pariente de él, que acuda al Juez relacionando la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, y pretendiendo que dé facultad al Escribano para que del mejor modo que pueda ex-

(9) Señor Castill. lib. 4. Controv. cap. 27. num. 14. Mantica de Conject. lib 2. tit. 6. num. 9.

(1) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. versic. Si enim: Gomez en la ley 3. de Toro num. 110. Sr. Covar. cap. Cum tibi num. 4. de Testam.

(2) Ley Quoniam indignum 15. Cod. de Testam.

explore su voluntad con asistencia de Medico, y Cirujano que previamente declaren con juramento si está, ò no capáz, y estandolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente numero de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme à la ley el Medico, y Cirujano si está, ò no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al Escribano, y no de otra suerte, (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen sino de lo que vea, y advierta por sí para dar fé) à su presencia, y à la de los testigos prevenidos por la ley, ò mas, preguntará al Testador todo lo concerniente à ultima disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas aunque sean contrarias à sus mismas respuestas, ò no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su entendimiento, y juicio, y firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demás que le dicte su prudencia, y sea congruente à evitar dudas, portandose con la mayor madurez, imparcialidad, y reflexion, sin dexarse llevar de pasion, ni interés, è irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del Medico, y Cirujano à continuacion de la providencia judicial, y no pasará à estender una cláusula antes que satisfaga à la anterior. Si sabe, y puede firmar, hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al Juez, à fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los circunstantes al acto.

302 Si el Testador está enfermo, y no habla, ni entiende el idioma del Escribano, hará éste que se llame al Secretario de la Interpretacion de lenguas, y que à su presencia, y à la de los testigos instrumentales examine su voluntad, à cuyo fin le irá previniendo lo que le ha de preguntar, y estenderá la pregunta, y à su continuacion la respuesta que el Interprete diere, expresando como éste dijo que le habia hecho aquella pregunta, y el Testador dado aquella respuesta; y concluido con este orden, lo firmarán el Testador, los testigos instrumentales, y el inter-

terprete, y luego lo autorizará el Escribano, el qual no necesita juramentar al Interprete, porque como Secretario del Rey hace fé lo que certifique, aunque no puede autorizar testamentos, ni contratos, à menos que tenga Notaría de Reynos, por cuya causa es precisa la concurrencia del Escribano. Si no hubiere Interprete, hará que se busquen personas inteligentes, y fidedignas, las juramentará, y practicará las diligencias expresadas. Y si nadie lo entendiere, que se muera sin testar.

303. Pero si sabe, y puede escribir, y entiende el idioma del Escribano, mas no lo habla, hará que escriba por sí mismo su disposicion, à cuyo fin le prevendrá lo que puede, y debe hacer, y lo que le está prohibido, y luego la firmará con los testigos instrumentales, rubricando todos à mayor abundamiento las hojas del protocolo, pues si fallece bajo de esta disposicion, se traducirá, para que se sepa, y observe lo que dexa ordenado, y si quiere vigorizarla mas, pedirá algun interesado al Júez que mande à los testigos deponer lo que ante ellos pasó, y reconocer sus firmas, y que lo declare por testamento del Testador, pues aunque éstos no pueden testificar de su voluntad porque no la entendieron, sirven sus dichos para que no se alegue que despues de aquel acto ni en él se cometió fraude, por lo que conviene que sepan escribir.

304. Por dos razones no puede el Escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero: la primera, porque el heredero, y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el Senado Consulto Liboniano; y el Escribano hace veces en él de dos testigos. Y la segunda, porque su aprobacion, y autoridad se requiere por forma para su validacion, y concierne à su solemnidad; pero puede autorizar su testamento cerrado, y nuncupativo por sí, y ante sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio, à nadie daña, (1).

Tam-

(1) Fragoso de Regimine Reipublicæ part. 1. lib. 5. disp. 13. §.

Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos, y demás requisitos prescriptos por la ley quando no concurre Escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizára en cédula, (à cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion, ò engaño) porque la fee, y autoridad que se dá al testamento, no consiste solo en que el Testador permita que un tercero se instituya, y escriba por su heredero, sino en que à mas de esto presencien à ella los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad en los terminos prevenidos en los num, 23. y 216. à fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro qualquier instrumento que no sea à su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad, y formalidad prefinidas por derecho, porque en el Escribano concurren dos personalidades, una pública, y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, al modo que separadamente, ò en distintos de cada una. (1)

305 Se duda si en el testamento, ò en otra ultima disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el Escribano dé fé del conocimiento del Testador, ò depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley Recopilada: (2) y discordan los dictamenes. Los de la parte asertiva dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el Testador es, ò no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y los de la negativa siguen lo contrario, porque el testamen-

§. 11. num. 314. y sig. Molin. de Just. & Jure tit. 1. disp. 125. numer. 2. 3. y 5.

(1) Angel, in §. Idem juris, n.32. Institut. de exception. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 20. n. 23.

(2) Ley 14 tit. 25. lib. 4. Recop. Matienzo en la 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 7. num. 6.

mento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio à tercero, sino una manifestacion de ultima voluntad, que el Testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

306 Y atendiendo à la razon de la opinion negativa, digo que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aunque la ley 54. tit. 18. Partid. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: *E debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los omes à quien face las cartas, quien son, è de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño*, y la 14. tit. 25. lib. 4. Recop. manda al Escribano que si no conociere à alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato, ò escritura, no la haga, ni reciba, à menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de donde son vecinos, y que si las conociere, dé fé de su conocimiento: esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos mas diligencia conviene que hagan, y deben hacer los contrahientes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contraen, que el Escribano, pues éste no sirve de otra cosa que de autorizarlo, y ordenarlo conforme à derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, à fin de que los contrahientes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron asi, y expresaron tener aquellos nombres, y apellidos*, y dando fé de ello, parece que à nada mas estará obligado; y asi quando el Escribano, y testigos no conocen à los otorgantes, se dá por contento aquel, à cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, y no corre riesgo, ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni conteniendolo, es cargo contra el Escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos, y ultimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio à tercero, por lo que aunque carezcan de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas, ni otra alguna, y seria cosa durisima

ma que por no contenerlos fuese inutil el testamento, ò no pudiese el Testador manifestar su voluntad, y descargar su conciencia.

307 Se corrobora mi opinion en que si alguno de dichos requisitos fuera substancial, y de esencia para la validacion de los testamentos, y ultimas voluntades, lo prevendrian las leyes Recopiladas, y de Partida, (1) que tratan de su ordenacion, y solemnidad; y otras (2) que hablan de los Peregrinos, y Romeros, no les permitirian que testasen, ni podrian testar, porque en tierra estraña de nadie son conocidos; por cuyas razones soy de sentir, y aconsejo al Escribano que aunque no conozca al Testador, ni haya quien lo conozca, no dexe de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Y se previene que para poder dar fe de su conocimiento, ya sea en contrato, ò ultima disposicion, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, pues basta que lo haya visto, y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre, y apellido que dice tener; y por tal es conocido.

308 Advirtiendo San Francisco de Asis los estragos espirituales que la opulencia causaba especialmente en los que habian adoptado el retiro de este caos mundano, abrazado la vida ascética; y votado la pobreza evangelica; persuadido de que el modo de extirparlos era buscar el remedio en el extremo opuesto, y abdicar absolutamente de los Religiosos no solo en particular segun la Regla de San Benito, sino en comun los bienes temporales, de suerte que el Convento ninguna renta fija tubiese, porque lo contrario era desconfiar neciamente de la Divina Providencia, y proceder contra lo que nuetro Redentor preceptuó à sus Apostoles por estas palabras: *Nolite soliciti esse dicentes, quid manducabimus, aut quid bibèmus, aut quo operie-*

(1) Leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Recop. y 103. tit. 18. Partid. 3.

(2) Leyes 30. tit. 1. Partid. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Recop.

riemur: hæc enim omnia Gentes inquirunt; scit enim Pater verter quia iis omnibus indigetis. inspirado de superior impulso; è inflamado su corazon con un nuevo ardientisimo deseo de aspirar à la mas elevada perfeccion de resultas de haber oido las palabras: *No querais tener oro, ni plata, ni dinero; ni en vuestros viages lleveis alforja, dos tunicas, ni zapatos, ni báculo*; del Evangelio de San Matheo que se cantó en la Misa que oyó en la Iglesia de nuestra Señora de los Angeles, ò Porciuncula de Asis; estableció su Orden, prescribiendo por basa, y principio fundamental de ella la aplicacion al trabajo, y la mendicidad Apostolica, prohibiendo à sus hijos en comun, y en particular poseer bienes, y dinero; mandandoles se conduxesen como advenedizos, y peregrinos en la tierra; y ponderandoles hasta que grado los sublimaria la pobreza; segun consta de los cap. 4. y 6. de su Regla, en que les dice: *Fratres nullo modo denarios, vel pecunias recipiant per se, vel per interpositam personam::: Fratres nihil sibi apropient, nec domum, nec locum, nec aliquam rem, sed tanquam peregrini, & advenæ in hoc sæculo in paupertate, & humilitate Domino famulantes vadant pro eleemosina confidenter::: Hæc est illa celsitudo altissima paupertatis, quæ vos charissimos fratres meos hæredes, & Reges Regni Cœlorum instituit, pauperes rebus fecit, virtutibus sublimavit. Hæc est portio vestra, quæ perducit in terram viventium.*

309 Segun el espiritu, y voluntad de este Serafico fundador no hay duda que sus Religiosos son incapaces de adquirir, y retener bienes temporales en comun, y en particular; de todo dominio, y accion civil; de dar poderes para cosas tambien temporales; y de constituir obligacion acerca de ellas; y asi quien lo ha de practicar todo es su Sindico como Procurador autorizado plenamente en ámplia forma por la Silla Apostolica, à la qual toca su propiedad, y dominio, y el uso simple, natural, y de hecho à los Religiosos al modo que à los brutos; de suerte que el Sindico ha de sonar, è intervenir unicamente en los contratos, pleytos, y demás actos civiles, y profanos à nom-

nombre de la Silla Apostolica, ya sea por promesa, venta, donacion, ù otro contrato que se celebre para utilidad, y socorro de los Religiosos, y sus Conventos, ò que por su parte deba hacerse à favor de alguna persona; y no se ha de decir que ellos, ni sus Prelados le dán su consentimiento, ni facultad para celebrarlos, pues no pueden darla, sino que por parecerles conveniente le piden que los celebre, haga, ò admita; pero para las cosas puramente espirituales pueden conferir poderes por no prohibirselo su Regla; lo qual declararon los Sumos Pontifices Nicolao III. en su Extravagante *Exiit, qui seminat*::: Clemente V. en su Clementina *Exivi de Paradiso*::: Gregogorio IX. Juan XXII. Martino V. Alexandro VI. Eugenio, y Calixto III. y Sixto IV.

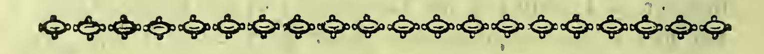
310 Sin embargo de lo expuesto, como no se les prohibe admitir para su uso, y sustento las limosnas que la piedad de los Fieles quiera hacerles; para que por no estender como corresponde, atenta su Regla, las clausulas de herencias, y legados que les dexen, no queden privados de ellos, debo advertir al Escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceyte, vino, ù otros bienes muebles, de los que pueden usar licitamente en propia especie para su sustento, ò para otra qualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, calices, casullas, albas, y otras cosas para decir Misa; sabanas, mantas, colchas, y colchones para la enfermeria; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar, ò alargar su Convento, ò hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan à los Conventos, ò à qualquiera de sus Religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una bacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas, ù otras semejantes; tierra, viña, olivar, casa, censos, ù otros derechos perpetuos, y se les dexan *para que las posean, y usen de ellas: ò las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni la volun-

luntad del Testador dexe de cumplirse, se ha de estender la cláusula en esta forma: *Mando que tal cosa* (la que sea) *se dé al Sindico de tal Convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla Apostolica, ò en el mio la trueque, venda, ò enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus Religiosos; cuya manda, y limosna le hago en los terminos, via, y forma que mejor lugar haya en derecho, à efecto de que no caduque, antes bien sea válida, y admisible, y logren el alivio que les deseo.* O puede mandar el Testador à sus Testamentarios que hagan lo mismo que el Sindico dandoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto à la mendicidad Apostolica tan recomendada por su fundador; por cuya razon no pueden admitir herencias, ni legados dexados en otra forma, segun lo tienen declarado los Sumos Pontifices Martino III. en el Privilegio que principia: *Exultantes*:: Martino V. en el que empieza: *Per vigilis more*:: Nicolao III. en su Decretal declaratoria de la Regla de San Francisco, Nicolao IV. en su Bula: *Religionis favor*:: y otros. Y del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de debitos que el Testador tenga à su favor, ò de dinero que quiera dar de limosna à los Religiosos, ò à sus Conventos. Y si quisiere imponerles alguna carga de Misas, ù otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les dexa para la Sacristia, ò culto Divino, ya sea, ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, consultando en caso de duda si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la Orden bien instruidos en sus Reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas que les hagan los Fieles; y viendo el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido à la exposicion de la Regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae estendidas muchas clausulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

§. FI-

§. FINAL.

ESCRITURAS CORRESPONDIENTES à este Capitulo.



TESTAMENTO REGULAR.

311 EN el nombre de Dios todo poderoso, Amen. Yo Don Francisco de Solís y Guzman natural, y vecino de esta Corte, hijo legitimo de legitimo matrimonio de Don Juan de Solís y Guzman, y de Doña Maria de Toledo difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallandome por la Divina misericordia bueno, y sano, y en mi entero, y cabal juicio, memoria, y entendimiento natural: creyendo, y confesando como firmemente creo, y confieso el altisimo, inefable, è incomprehensible misterio de la Beatisima Trinidad, Padre, Hijo, y Espiritu Santo, tres personas, que aunque realmente distintas tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero, y una esencia, y substancia, y todos los demás Misterios, y Sacramentos, que cree, y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Catolica Apostolica Romana, en cuya verdadera Fé, y creencia he vivido, vivo, y protesto vivir, y morir como Catolico fiel Christiano: tomando por mi intercesora, y protectora à la siempre Virgen, è Inmaculada Serenisima Reyna de los Angeles Maria Santisima Madre de Dios, y Señora nuestra, al Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre, y devocion, y demás de la Corte Celestial, para que impetren de nuestro Señor, y Redentor Jesu-Christo que por los infinitos meritos de su preciosi-

sima Vida, Pasion, y Muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi Alma à gozar de su beatifica presencia; temeroso de la muerte, que es tan natural, y precisa à toda criatura humana, como incierta su hora, para estár prevenido con disposicion testamentaria quando llegue: resolver con maduro acuerdo, y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia: evitar con la claridad las dudas, y pleytos, que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento; y no tener à la hora de éste algun cuidado temporal que me obste pedir à Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago, y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi Alma à Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo à la tierra de que fue formado, el qual hecho cadaver, quiero se amortaje con el Havito de nuestro Serafico padre san Francisco, y sepulte en la Iglesia Parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan à mi entierro (si fuere en público,) el numero completo de Sacerdotes de mi Parroquia, treinta Religiosos de San Francisco de Observancia de esta Corte, otros tantos del Colegio de Santo Thomás, Orden de Santo Domingo, igual numero de San Francisco de Paula, veinte y quatro Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y diez y ocho Niños de la Doctrina, los que acompañen mi cuerpo hasta la Iglesia; y si fuere de secreto, mando que mis Testamentarios distribuyan en Misas por mi Alma à su eleccion sin perjuicio del derecho de la Parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dár, y que en este caso à nada tengan derecho.

Mando que en el dia de mi entierro siendo hora, y si no, en el inmediato se celebre por mi Alma Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y à oficiarla asista el numero de Sacerdotes referido, por todo lo qual se pagará la limosna que se acostumbra.

NOTA.

Algunos Testadores ricos suelen mandar que en su Parroquia, ò en otra parte se les haga Novenario, y Cabo de año sin mas expresion, y se duda si esto ha de ser con el mismo fúnebre aparato que el entierro; y para quitar dudas, y pleytos entre los herederos, y Parroquias, ò Conventos, prevendrá el Escribano al Testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirla, se ocasionan gastos, y difiere el cumplimiento de su voluntad.

Mando igualmente que se celebren doscientas Misas rezadas por mi Alma, las de mis padres, y abuelos, y demás de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon, de que sacada la quarta parte correspondiente à la Parroquia, las restantes se celebrarán en las Iglesias, y Altares que elijan mis Testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior, pues à su arbitrio lo dexo.

Lego por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y Tierra Santa, Redencion de Cautivos Christianos, y demás mandas forzosas veinte reales de vellon, y otros tantos con arreglo al Real precepto à los Reales Hospitales de esta Corte, con cuya limosna aparto à todos del derecho, y accion, que podian pretender à mis bienes.

Para ayudar à la curacion de los pobres enfermos del Hospital de San Juan de Dios de esta Corte mando se entreguen al Padre Prior de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino, y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A Don Antonio de Solís mi hermano lego la caxa, y espadin de oro de mi uso diario, y à Doña Teresa mi hermana mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado, ò para los fines que quisiere, y les pido me encomienden à Dios.

Al criado mayor que me sirviere al tiempo de mi muerte,

te, lego toda mi ropa de lana, y seda, que entonces tubiere: à la criada que me asista, y hubiere en mi casa, la cama completa, en que durmiere con sus tablas, colchones, quatro almohadas, otras tantas sabanas, la manta, y colcha, que usáre en ella, y asimismo cincuenta dudacos de vellon en dinero por una vez, y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y à la moderna se dén solo cincuenta ducados, y les pido me encomienden à Dios.

Declaro me hallo casado legitimamente *in facie Ecclesiæ* con Doña Getrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legitimos à Don Alexandro, Don Antonio, Don Joseph, Doña Manuela, y Doña Maria Josefa de Solís menores en la edad pupilar: de los quales, y de los demás que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partid. 6. nombro à la referida mi muger por Tutora, y Curadora *ad bona* interin subsista viuda: y en atencion à su buena conducta, aplicacion, gobierno, y maternal amor que les profesa, y à que por consiguiente cuidará con el mayor zelo, y vigilancia de la conservacion, y aumento de sus bienes, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza, y manutencion: y suplíco al señor Juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe, y confirme este nombramiento, y la decierna este encargo con la relevacion, y consignacion mencionadas, que asi es mi voluntad; pero si bolviere à casarse, mando que aunque dé fianzas, se la quite la tutela, y dé su poder à mis hijos, y bienes que les toquen, y se entreguen à la persona mas christiana, y abonada que pareciere à dicho Señor Juez, el que les señale para su manutencion, y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite, y emplee quando haya proporcion, para aumento de sus legitimas, sobre todo lo qual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5. del mismo título, y Partida.

Declaro que tengo un Esclavo llamado Antonio de los Santos, (*aqui se expresarán su color, edad, y demás señales que tenga, y el motivo porque lo hubo*,) al qual por haberme servido bien, y convertidose à nuestra Santa Fé, ofrecí antes de ahora manumitir, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y como tal pueda tratar, contratar, testar, comparecer en juicio por sí, ò por su Procurador, y hacer todo quanto se permite al que es naturalmente libre, pues para ello le concedo plena libertad, y el mas amplio poder que necesite; y en conseqüencia de lo que previene el derecho, me desisto, y aparto, y à mis herederos, y succesores de el de Patronazgo que tengo sobre él: se lo remito, y cedo enteramente, para que de esta suerte sea mas firme, y eficaz su manumision, y libertad, y jamás pueda reclamarla; y mando se le dén cien ducados de vellon en dinero por una vez, y toda su ropa, à fin de que pueda grangear, y ganar su vida, y le pido me encomiende à Dios.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos Reynos, mejoro en el tercio que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alexandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte término de esta Villa, y mando que si su valor no alcanza à completarlo, se le reintegre lo que falte, en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte de pago de su legitima paterna.

A la mencionada Doña Getrudis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta Corte en tal calle: bien entendido, que si bolviere à casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti à mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad, y no à prorrata, à cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce, y usufruto, y de que pueda enagenarla antes, ò despues, y en este caso revoco, y anulo este legado; y man-

mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legitima que à cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de qualesquier razones, y fundamentos que haya para deducirse del total acervo de mis bienes.

Si entre mis papeles, ò en poder de mi Confesor, ò de otra persona se halláre una memoria con fecha posterior à este testamento, y relacion de él, ò sin fecha, firmada de mi puño, ò escrita por mí, aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion, mutacion, restriccion, ò revocacion de todo, ò parte de lo que dexo ordenado, ù otras cosas concernientes à mi ultima voluntad, mando que se tenga, y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice sin necesidad de precepto judicial en los Registros del presente Escribano: que su contexto se observe exacta, integra, è inviolablemente sin tergiversacion, como si aqui fuera especificado: y que à los verdaderos interesados se dén las copias, y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues asi es mi voluntad; pero no estando escrita, ò firmada por mí, no haga fé judicial, ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y contubiere la memoria en caso de dexarla, nombro por mis Testamentarios à Don Fulano, y Don Fulano, y à cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda, ò fuera de ella, y de su producto lo cumplan, y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitáren, pues se lo prorrogo.

Despues de cumplido, y pagado todo lo expresado, de el remanente de mis bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros instituyo por mis unicos, y universales herederos à los expresados D. Alexandro D. Antonio, Don Josef, Doña Manuela, y Doña Maria Josefa de Solís y Meneses mis cinco hijos, y de la referida Doña Ge-

trudis Meneses mi muger, y à los demás descendientes de legitimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan, y lleven por su orden, y grado segun su representacion, y lo dispuesto por leyes de estos Reynos con la bendicion de Dios, y la mia.

Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto este testamento, y memoria citada, que quiero, y mando se estime, y tenga por tal, y se observe, y cumpla todo su contesto como mi ultima deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho. Asi lo otorgo, y firmo ante el presente Escribano de su Magestad en esta Villa de Madrid à tantos de tal mes, y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego, y Anselmo de tal vecinos de ella, y al Otorgante yo el Escribano doy fé que conozco. *La ley* 103. *tit.* 18. *Partid.* 3. trata de la extension del testamento.

DIFERENTES CLAUSULAS de Testamento.

DECLARACION DE LA DOTE, QUE LA MUGER llevó al matrimonio, y de lo que su marido la ofreció en arras.

312 DEclaro que quando Doña Fulana mi muger se casó comigo, traxo à mi poder por dote, y caudal suyo propio en bienes muebles à tasacion tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió à tanto:

to: y que la ofrecí tanta en arras, y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué à su favor el correspondiente resguardo: mando que se la haga pago de su dote integramente, y en quanto à las arras se tenga presente mi capital, y caudal que me tocáre, y si cupiere en la decima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que la ofrecí, y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

DECLARACION DEL CAPITAL que llevó el marido.

313 DEclaro que quando contraxe matrimonio con Fulana, llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó à mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real: Mando se tenga presente para la deducion de los gananciales, ò menoscabos, que pueda haber.

OTRA DE LOS HIJOS, que el Testador tiene, y de lo que dió à uno de ellos en cuenta de su legitima.

314 DEclaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tengo por mis hijos legitimos à Francisco, Pedro, y Juan, de los quales Francisco se ha casado, y le dí tantos mil reales en cuenta de su legitima paterna: mando que los trayga à colacion, y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella, y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

LEGADO DEL QUINTO *por alimentos à un hijo natural.*

315 DEclaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canonico no solo al tiempo de su concepcion, sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legitimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10. y 28. de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos, y acciones, que es lo que en este caso puedo dexarle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento ningun legitimo tubiere, sea mi universal heredero.

INSTITUCION DE HEREDERO *à un hijo natural por falta de descendientes legitimos.*

316 POR quanto me hallo sin descendientes legitimos, y con un hijo natural reconocido llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canonico para contraer matrimonio: por tanto sin embargo de que tengo legitimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10. de Toro, instituyo por unico heredero de todos mis bienes, derechos, y acciones al expresado Francisco, para que los haya, y herede con la bendicion de Dios, y la mia.

ME-

MEJORA DEL TERCIO, y quinto hecha à una hija, que llevó dote quando se casó.

317 DEclaro, que del matrimonio que contraxe con Fulana, tenemos por nuestros hijos legitimos à Francisco, y Juana: que ésta se halla casada con Fulano: y que quando se casó, la dí en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato inter vivos por razon de dote, ni casamiento, mando que trayga à colacion, y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estár prohibido que lo sean por ultima disposicion, la mejoro en el tercio, y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya, y herede à mas de su legitima; y mando asimismo que en la deducion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practíca comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

MEJORA, QUE HACE EL PADRE á un hijo, à quien por contrato oneroso prometió mejorar.

318 DEclaro que quando mi hijo Fulano contraxo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio, y quinto de mis bienes, y à ello me obligué en la escritura de Capitulaciones que precedieron: y cum-

cumpliendo la obligacion que contraxe, y lo que en este caso manda la ley 22. de Toro, le mejoro en dicho tercio, y quinto, para que lo haya, y herede à mas de su legitima, que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden, baxado el quinto.

LEGADO DE COSA EMPEÑADA en poder del Testador.

319 DEclaro que Pedro de tal me pidió prestados mil reales de vellon sobre una Salvilla de plata, y un aderezo en plata con tantos diamantes, y tantas esmeraldas, que me entregó en empeño para seguridad de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo. Mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo à mis herederos la accion que les dá la ley 16. tit. 9. de la Partida 6. para que usen de ella como les convenga.

NOTA.

En el §. II. num. 33. de este capítulo queda explicado el efecto de este legado, vealo el Escribano, y se instruirá de él.

RE-

REVOCACION AD CAUTELAM *con clausulas derogatorias del Testamento que otorga una muger.*

320 Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ò aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ò las eficaces persuasiones, ò comminaciones maritales, ù de otras personas me seduzcan, y violenten à variar de disposicion, especialmente si estoy enferma; y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar à mi satisfaccion, como ahora lo hago: Para que esta disposicion no se frustre en todo, ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre, y espontanea voluntad, me obligo à no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total, ò parcialmente contraria, no se entienda, ni estime revocada ésta, à menos que aquella contenga en forma especifica la oracion del *Gloria Patri*, y se cite en ella este testamento, y obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella, y no ésta por mi ultima deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio asi lo digo, otorgo, y firmo ante el presente Escribano en esta Villa de &c.

NO-

NOTA.

En el num. 198. §. XVII. de este capítulo queda estendida la cláusula que revoca el testamento que contiene la anterior, por lo que omito aqui su extension, como tambien la de las Substituciones, por quedarlo en sus respectivos lugares, y las de Fundaciones de Vínculos, Patronatos, Aniversarios, y Capellanias por via de mejora, porque las pondré en el cap. VIII. §. final.

CLAUSULA DE EXHEREDACION.

321 MEdiante que mi hijo Pedro sugerido de influxo infernal, y olvidado de su obligacion, respeto paternal, y castigo Divino, tubo la osadia de poner en mí tal dia à presencia de tales personas las manos ayradas para herirme, ò matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprehendí como padre los vicios de que está poseido, amonestandole se abstubiese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como Christiano temeroso de Dios debe tener; y que por este execrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes: desde luego para que no quede impune, y sirva à otros de exemplo, y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7. Partid. 6. le abdico, y exheredo enteramente de la legitima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo, y aparto del derecho que à ella podia pretender; y quiero, y mando que por razon de alimentos, ni por otro título, ni motivo no sea admitido total, ni parcialmente à su obtencion, y goce, ni tenido por hijo mio, y como si no hubiera nacido, protesto no nombrarlo en este Testamento por mi heredero, ni le-

legatario, sin que por esta preterición, y exheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO cerrado, y diligencias de su apertura.

322 EN la Villa de tal à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella, y natural de &c. (*aqui se expresará su filiacion, y naturaleza como en el Testamento nuncupativo,*) hallandose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor ha sido servido darle, y en su entero, y cabal juicio, memoria, y entendimiento natural, creyendo &c. (*aqui se pondrá la protestacion de la Fé, y deprecacion, como en dicho testamento,*) dixo que tiene escrito, y ordenado su testamento en este quaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él dexa señalado Entierro, Abito, y Misas, y nombrado Albaceas, y Heredero: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra, y publique con la solemnidad legal: y que revoca, y anula por él todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra, ò en otra manera, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente: y manda que solo este testamento se tenga, y observe por tal, y por su ultima deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, rogó à los testigos presenciales, que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomás, y Estevan de tal vecinos de esta Villa que firmasen tambien, y por los que expresaron no saber, que lo hiciese

el

el referido Tomás = Francisco Lopez = fuí testigo: Pedro de tal = fuí testigo Tomás de tal = fuí testigo Antonio de tal = fuí testigo Josef de tal = fuí testigo Domingo de tal = testigo à ruego de Juan de tal: Tomás de tal = testigo à ruego de Diego de tal: Tomás de tal = Ante mí Fulano de tal = Yo Fulano de tal Escribano del Rey nuestro Señor, y del numero de esta Villa de tal presente fuí al anterior otorgamiento, y en fé de ello lo signo, y firmo = en testimonio de verdad: Fulano de tal.

PEDIMENTO PARA LA APERTURA del Testamento cerrado.

323 PEdro Fernandez vecino de esta Villa ante Vm. como mas haya lugar, digo que Francisco Lopez vecino tambien de ella estando enfermo otorgó el testamento *in scriptis* que en debida forma presentó, ante Fulano Escribano de este numero en el dia tantos de tal mes, y bajo de él falleció hoy à las siete de su mañana poco mas, ò menos; y respecto tener entendido que me dexó por su testamentario, (*ò lo que sea*;) para que se cumpla lo que en él dispuso = A Vm. suplíco se sirva haberlo por presentado: mandar se abra, y publíque con la solemnidad legal: reducirlo à escritura pública: y practicado todo, que se den à los interesados los traslados, y testimonios que pidan, y les competan, interponiendo à ello para su mayor validacion la judicial autoridad quanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

AU-

AUTO

324 Por presentado el testamento que se refiere: hagase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, à cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuada en la parte que baste, se trayga todo para proveer: el señor Don Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó en ella à tantos de tal mes, y año &c.

INFORMACION.

PRIMER TESTIGO.

325 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año Pedro Fernandez contenido en el pedimento, y auto anteriores, cumpliendo con lo que por éste le está mandado, presentó por testigo à Fulano vecino de ella, de quien por ante mí el señor Don Fulano Corregidor de esta Villa recibió juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por el referido señor Corregidor al tenor del pedimento citado, y habiendole manifestado el testamento, y quaderno presentado: Dixo es cierto que Francisco Lopez vecino que fue de esta Villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de sus potencias, y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano Escribano de este numero, à cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado, y rogado con los demás que en él constan; y à vista de todos expresó con palabras claras, y perceptibles que lo que dentro de dicho quaderno, ò volumen cerrado estaba escrito, era su testamento, y ultima voluntad: que en él dexaba elegido Abito, Entierro, y Misas, y nombrado Albaceas,

ceas, y Heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces precediese para ello la solemnidad prescripta por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes tubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo qual expresó ante el declarante, y demás testigos instrumentales, que à un propio tiempo lo oyeron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba enfermo, lo vieron, y concurrieron simultaneamente à dicho acto: y el declarante firmó como testigo con el Testador, y otros que supieron, cuya firma, que dice: *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el quaderno, que está del mismo modo que quando firmó; y por los que dixeron no saber, firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado quaderno; è igualmente dixo que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberlo visto cadaver, (ù oidolo decir,) y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra, ni por escrito. Que es lo que sabe, y puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma con el señor Corregidor, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fé = Don Fulano = Fulano = Ante mí Fulano.

NOTA.

Las deposiciones de los demás testigos (que à lo menos han de ser quatro,) irán contextes con la precedente, mudando lo conveniente, y preciso en quanto à las firmas, pues si el Testador, ò algunos de los testigos, que se examinaren, no firmaron, dirá quien firmó por ellos. Si el Juez dá comision al Escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir à todo, como en el n. 264. expuse. Y si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede ha-

hacer, remitiendose à lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde el auto siguiente.

AUTO.

326 Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estár sin la mas leve sospecha de rotura, ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente Escribano publíque en forma, y hecho, se proveerá à lo demás pretendido: el señor Don Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó &c.

DILIGENCIA DE APERTURA.

327 INcontinenti el expresado señor Corregidor quitó à mi presencia, y de los testigos examinados el sello, (*lacre*, *oblea*, *ò lo que sea*,) con que estaba cerrado el citado quaderno, y testamento, y lo abrió, y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó, à fin de que lo publique, el qual tiene tantas hojas utiles escritas en papel comun, (*ò sellado segun sea*) y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez*, (si no está firmado, se dirá: *y está sin firmar*) y su literal tenor es el siguiente, de que doy fé = Fulano de tal.

NOTA.

Aqui se ha de insertar el testamento quando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores, y diligencia de apertura por su orden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo ultimo el auto que se sigue.

AUTO.

328 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, el señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que reduce à escritura pública, y declara por testamento, y ultima voluntad de Francisco Lopez todo lo que en las tantas hojas que contiene, y rubriqué, está escrito; manda que se protocole en los registros del presente Escribano, y traslade conforme à la ley, y que de él, y de estos autos se dén à los interesados las copias, y testimonios que pidieren, y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia, y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fé. = Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

NOTA.

Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme à la ley, porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un contexto la diligencia de apertura, y auto ultimo sin separacion: cada uno ajustese à lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la substancia.

DI-



DILIGENCIAS PARA DECLARAR por Testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos.

PEDIMENTO.

329 FRrancisco Perez vecino de esta Villa ante V. como mas haya lugar digo que Antonio Lopez de la misma vecindad hallandose en tal dia muy grabado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural: y considerando que segun la critica situacion en que estaba constituido, moriria ab intestato: por evitar que esto sucediese, mediante no haber Escribano en esta Villa, (*ò por el motivo que haya*) dió orden à un criado suyo para que llamase cinco testigos todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin, y Juan de tal; y à su presencia precedida la protestacion de la Fé, les dixo que se contemplaba mortal, y que por si Dios fuese servido llamarle à jucio, queria se enterrase su cadaver en su Iglesia Parroquial: que por su Alma se celebrase el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente, Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y tantas rezadas, su limosna à tanto: (*aqui se expresará lo demás que hubiere dispuesto*,) nombró por sus Testamentarios à Lorenzo, y Josef de tal, y à cado uno *in solidum* para que evaquasen su voluntad dentro, ò fuera del término legal: me instituyó por unico, y universal heredero de sus bienes: revocó, y anuló todas las disposiciones testamentarias, que anteriormente tubiese hechas: y pidió à los testigos referi-

V 2 dos

dos que lo fuesen de como todo lo expuesto queria se estimase, y cumpliese por su testamento nuncupativo, y ultima deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy bajo de esta disposicion: para que tenga efecto = A V. suplíco se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme à la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contexto, declarar sus deposiciones por testamento nuncupativo, y ultima voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente Escribano, y dén à los interesados los traslados, y testimonios, que pidieren, y fueren de dár, interponiendo à todo para su mayor validacion, y firmeza la judicial autoridad quanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c.

AUTO.

330 Recibase à esta parte la informacion que ofrece por ante el presente Escribano, à quien para ello se dá comision en forma, y evacuada se trayga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el señor Don Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó, y firmó à tantos, &c.

INFORMACION.

TESTIGO PRIMERO.

331 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano Francisco Perez vecino de ella presentó por testigo para la informacion que tiene

ne ofrecida, y le está mandada dar, à Pedro de tal vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto precedente me está conferida, recibi juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por mí al tenor del pedimento que la motiva: dixo que en tal dia à tal hora poco mas, ò menos fue à la casa de Antonio Lopez difunto en consecuencia de recado que le embió con un criado suyo, y à su presencia, y de Sancho, Diego, Martin, y Juan de tal todos vecinos igualmente de esta Villa, expresó que conocia que se moria segun lo gravado, y decaido que estaba, y no queria fallecer intestado, sino antes bien disponer sus cosas del mejor modo que pudiese, y que los habia enviado à llamar para que fuesen testigos de su testamento, y ultima voluntad; y con efecto empezó à decir que creia, y confesaba todos los Misterios, y Sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya Fé, y creencia habia vivido, vivia, y protestaba vivir, y morir como Católico fiel Christiano: que queria se enterrase su cadaver en su Parroquia à tal hora con tal fúnebre aparato, y acompañamiento, y se le amortajase con tal Abito: que el dia de su entierro se celebrase por su Alma Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y tantas rezadas su limosna à tanto: (*aqui se pondrá lo demás que hubiese declarado, y mandado*) que nombraba por sus Testamentarios à Lorenzo, y Josef de tal, y à cada uno *in solidum*, y les daba amplio poder, y facultad para cumplir todo lo que dexaba ordenado, y para ello les prorrogaba el término que necesitasen: que instituia por unico heredero de todos sus bienes à dicho Francisco Perez: y que revocaba todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valiese, ni hiciese fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto la que à

presencia del declarante, y demás testigos nominados manifestó verbalmente, y dexa referida, la qual quiso se estimase, y observase como su testamento, y ultima deliberada voluntad, ò en la mejor via, y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo qual expresò clara, y distintamente à los mencionados testigos à un propio tiempo, estando al parecer con pleno uso de su juicio, aunque enfermo: y les previno lo tubiesen presente, y declarasen, si en juicio fuesen preguntados; y sabe el declarante que el referido Testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que dexa hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y dixo ser de tantos años de edad poco mas, ò menos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fé = Fulano = Ante mí. = Fulano.

NOTA.

Las declaraciones de los demás testigos han de ser arregladas, y conformes à ésta en todo, menos en quanto à las firmas, y edad, que variarán segun sea, y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente.

AUTO.

332 En tal Villa à tantos de tal mes, y año el señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que mediante resultar por las contextes declaraciones de los cinco testigos instrumentales examinados la disposicion bajo de que falleció Antonio Lopez vecino que fue de esta Villa, declaraba, y declara todo quanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo, y ultima deliberada voluntad; y en su conseqüencia manda que como tal se observe, y cumpla íntegra, è inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escritu-

turas públicas del presente Escribano, à que reduce dichas deposiciones: que por tal se estimen, y tengan: y que de todo se dén à los interesados los traslados, y testimonios que pidieren, y fueren de dár, de manera que hagan fé, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio quanto puede, y há lugar en derecho, y lo firma, de que doy fé = Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

NOTA.

Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dexo prevenido en el num. 269. §. XXV. y respecto de que con ello, y con las diligencias estendidas puede el Escribano instruirse radicalmente de todo, omito su ordenacion, por evitar prolixidad nada necesaria. Y se advierte que los testigos de estos dos testamentos han de decir si son, ò no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, pues dentro del quarto civil les está prohibido serlo, como queda sentado en el §. XIX. num. 220. al fin, y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento, y apertura del cerrado, porque ignoran quien es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Y asimismo que el Notario meramente Eclesiastico no puede como tal autorizar testamentos, ni Escritura pública entre legos, y si los autoriza, son nulos; (1) pero se pueden convalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota, acerca de lo qual veasе à *Flores de Mena Var. quæst.* 1. *num.* 13. *al* 18. y à los que cita.

(1) Ley 19. tit. 25. lib. 4. Recop.

CODICILO ABIERTO.

333 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo que en tal dia de tal mes, y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano Real, del qual ha deliberado quitar, y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniendolo en execucion, por via de codicilo, ò en la forma que mas haya lugar en derecho ordena, declara, y manda lo siguiente.

Manda que à mas de las tantas Misas que dexa por su Alma, se celebren por su intencion tantas en tales Altares de tal Iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo à Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion à pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé à Fulana su hija, à cuyo fin se lo lega, para que lo haya, à mas de su legitima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento contrajo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legitima: manda que la trayga à colacion, y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deducion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

NOTA.

Asi proseguirá con lo demás que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y quedan explicadas en el § XXIV. y luego proseguirá en la siguiente forma.

To-

Todo lo qual quiere que valga en la via, y forma, que mejor lugar haya en derecho, y manda se guarde, cumpla, y execute inviolablemente; y revoca, y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario à este codicilo, y en lo que sea conforme con él, y en todo lo demás lo aprueba, ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor, para que se estime por su ultima deliberada voluntad y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos, &c. *han de ser los mismos en numero, sexo, y edad que para el testamento nuncupativo.*

OTRA.

Si el Testador no tubiere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de éste la cláusula de su revocacion, y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el Escribano en ponerlo, pues aunque el Testador no puede hacerlo, pero si lo hiciere, no se estimará por codicilo sin embargo de que se le llame asi, sino por testamento, como dexo expuesto en el num. 259. y el que instituya, llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Y que lo tenga, ò no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la Fé, naturaleza, y filiacion del Testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos, como lo queda.

OTORGAMIENTO DE CODICILO cerrado.

334 EN tal parte à tantos de tal mes, y año Francisco Lopez vecino de ella estando enfermo, (*ò sano*) y en su entero, y cabal juicio, memoria, y enten-

tendimiento natural &c. dixo que en tal dia, mes, y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano, y por haber reflexionado con maduréz lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado, y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el Codicilo cerrado que expresa estár dentro de este quaderno, me entrega, y por tal lo otorga: y quiere, y manda que despues que fallezca, y no antes se abra, y publíque con la solemnidad por derecho prescripta, y que su contexto valga, y se cumpla, y execute sin tergiversacion como su ultima deliberada voluntad, ò en la mejor forma que haya lugar en derecho, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca, y anula, y en todo lo demás lo ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor: y revoca asimismo todos los Codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial, ni extrajudicialmente. Asi lo otorga, y firma, à quien yo el Escribano doy fé conozco, siendo testigos &c.

NOTA.

En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos pudiendo ser habidos, como queda expuesto en el §. XXIV. num. 261. y firmar encima del quaderno como en el testamento *in scriptis*; pues aunque la ley no lo previene, ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura identica solemnidad sin diferencia. En quanto à la protestacion, revocacion del testamento, quando no lo hizo antes, y otras cosas, vease la nota precedente.

PO-

PODER PARA TESTAR.

335 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella &c. (*aqui se pondrá la naturaleza, y filiacion del Testador, y protestacion de la Fé, è imploracion del Divino auxilio como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá:*) dixo que por quanto sus graves ocupaciones, y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, maduréz, y reflexion que desea, y se requiere, las cosas concernientes à su ultima voluntad, y tiene suma satisfaccion, y confianza de que Juan Rodriguez vecino tambien de esta Villa su íntimo amigo las desempeñará con el acierto, prontitud, y eficacia correspondiente, por haberselas comunicado, y estár bien cerciorado de ellas: Por tanto estando como por la infinita misericordia de Dios está bueno, y en su entero, y cabal juicio, memoria, y entendimiento natural, temeroso de la muerte, deuda tan precisa à todo viviente humano como incierta su hora, para que quando llegue, no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga, y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme, y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice, y ordene dentro, ò fuera del término legal su testamento, y ultima voluntad, ò declaracion, ò disposicion de pobre segun el caudal que dexe, haciendo en él los legados pios, forzosos, y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de Vínculos del tercio, y Quinto, ò qualquiera de ellos por via de mejora en qualquiera de sus hijos varones con las sumisiones, substituciones, y gravamen de restitucion, y fideicomiso en el tercio, que prescribe la *ley* 27. *de Toro*; señalando el impor-

porte de la mejora en los bienes raices que dexare; substituyendo à sus hijos pupilos, dandoles por substitutos à sus hermanos, ò qualquiera de ellos, nombrando por su Tutor à Pedro, Diego, ò Antonio de tal; y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demás cosas que él otorgante le tiene comunicado, y comunicará en lo succesivo, ò declarando haber muerto pobre, sino dexase bienes de que testar; pues aprueba todo lo que con arreglo à las referidas facultades practicáre, y quiere tenga la misma validacion, y subsistencia que si aqui fuera literalmente expresado, y que por tal se estime; para lo qual, y cada cosa le dá el mas absoluto, y eficaz poder con todas las firmezas, y amplitudes convenientes que legalmente se requiere, y con libre, franca, y general administracion; y para ello, otorgar su testamento, ù otra disposicion, y evacuar enteramente todo lo que disponga, ordene, y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prefine, por el que necesite sin limitacion, y solo reserva en sí lo siguiente.

NOTA.

Aquì se pondrá su entierro, Misas, y otras cosas si quisiere, y eligirá mas testamentarios, y si lo dexa todo à eleccion del Comisario, omitirá la cláusula de reservacion, pero la siguiente es precisa, como queda sentado en el §. XXVI. num. 271. por estár prohibido al Comisario instituir heredero, y consignar la mejora, y al Testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones instituye por sus universales herederos à Francisco, Diego, Juan, Maria, Michaela, y Antonia Lopez sus seis hijos legitimos, y de Ignacia Fernandez su muger, y à los demás descendientes de legitimo matrimonio que tubiere al tiempo de su muerte, y por su orden, y grado deban heredarle, para que los hayan

yan con arreglo à lo que mandan las leyes de estos Reynos segun su representacion con la bendicion de Dios, y la suya; previniendo que el quinto no ha de exceder de la legitima que à cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones, ò alguno de ellos hubieren muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otro descendiente de estos, pues en este caso la revoca en quanto à ellos.

Y por el presente revoca, y anula todos los testamentos, poderes para testar, y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto este poder, y testamento, ù otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere, y manda se tengan, y cumplan por su ultima deliberada voluntad, ò en la mejor forma que haya lugar en derecho. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

TESTAMENTO EN VIRTUD de poder.

336 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Fernandez vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella à tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento, è incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

AQUI

AQUI LA COPIA DEL PODER.

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé, y asegurando el otorgante como asegura, y declara no estarle revocado, suspenso, ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades aceptandolo nuevamente, dixo que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal dia bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dexó ordenado, y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al qual asistieron el numero completo de Sacerdotes de su Parroquia en la que fue sepultado su cadaver, veinte Religiosos de San Francisco, otros tantos de tal Religion, tantos Pobres del Real Hospicio de S. Fernando, y tantos Niños de la Doctrina: se celebró por su Alma Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso, y encargó al otorgante que se dixesen por su Alma, è intencion tantas Misas rezadas, su limosna à tres reales de vellon, y el otorgante cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la Parroquia, à la qual como quarta parte de todas tocan, pues ésta fue la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, Redencion de Christianos cautivos, y demás mandas forzosas se diesen tantos reales de vellon por una vez, y otros tantos à los Reales Hospitales de esta Corte: y el otorgante en observancia de su voluntad manda que se les entreguen, y con ellos los aparta del derecho que podian pretender à sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ò escrita de él, aunque no estubiese firmada, que contubiese cosas concernientes à su ultima voluntad, se tubiese por parte de este

te testamento, se protocolizase con él, y se observase integramente su contexto: y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado, y reconocido exactamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dexado.

Dió potestad al otorgante por el referido poder para mejorar à qualquiera de sus hijos en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes, y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos à Josefa Lopez su hija de edad de seis años, para que respecto no estár criada, le sirva su importe de ayuda à su crianza, y quando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo à ley 214. del Estilo: agregarse su residuo si lo hubiere, al resto de la herencia: y de éste sacarse el tercio, y no en otros terminos, pues ésta fue la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de potestad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir Tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ò como le pareciese: y usando de ella, nombra por Tutora, y Curadora *ad bona* de la prenotada Josefa Lopez à Maria Rubio su madre, relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes: y en caso de que se buelva à casar, ò muera antes que la expresada su hija llegue à la pubertad, nombra por su Tutor à Juan Fernandez su tio vecino de esta Villa, y por su previo fallecimiento à Roque Rodriguez persona de integridad, y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que éstos han de afianzar à satisfaccion de la Justicia; y suplíca, y encarga à los Señores Jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben, y confirmen esta eleccion; y en su conseqüencia los hayan por nombrados, y les discernan su encargo en la forma enunciada, pues el Testador asi lo quiso, y comunicó al otorgante, el qual lo declara para que conste, y se observe inviolablemente su vo-

lun-

luntad; y en quanto à los demás hijos menores mediante no ser pupilos, ni deber darseles Tutor testamentario por tener facultad de elegirlo por sí mismos, ni tampoco haberle comunicado el Testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá estendiendo el Escribano las demás clausulas hasta la conclusion del testamento, arreglandose el Comisario al poder, y à lo que el derecho permite al Testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, espresará el motivo.

DECLARACION DE POBRE.

337 EN el nombre de Dios todo poderoso Amen. En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Juan Perez vecino de ella (*aqui se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la Fé, è invocacion del patrocinio de los Santos como en el testamento, y luego proseguirá en esta forma*:) Declara que por la calamidad, è injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al Señor Cura propio de tal Parroquia, de donde actualmente es Parroquiano, ò à el de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues asi lo espera de su christiana piedad.

NOTA.

Aqui podrá el Testador hacer mandas, mejoras, y todo lo demás que en el testamento, disponiendo, y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega à tenerlos; y luego la clausula de heredero en la forma siguiente,

te, y à su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese, y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos, y acciones por qualquier título, causa, ò razon, instituye por sus universales herederos à Pedro, y Josefa Perez sus hijos legitimos, y de Maria Hernandez su muger, y à los demás descendientes de legitimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su orden, y grado segun su representacion en la forma prescripta por derecho Real con la bendicion de Dios, y la suya.

NOTA SOBRE EL PAPEL SELLADO.

Los protocolos de los Testamentos, y Codicilos abiertos, y demás disposiciones testamentarias se han de estender en papel del sello quarto mayor, y siendo cerrados, pueden escribirse en el comun, con tal que despues de abiertos saque el Escribano ante quien se publiquen, copia integra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo qual no es necesario, si lo están en él) y las copias de todos deben sacarse en el del sello tercero; pero si contienen fundacion de Vínculo, Mayorazgo, Memoria perpetua, Capellania, Anniversario, ò mejora de tercio, ò quinto, ò de ambos, se han de dar en el del sello primero; previniendo que no se deben llamar mejora el tercio, ni quinto, quando el Testador los dexa al que no instituye por su heredero, por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo dexandolos à uno de los herederos, ya sean legitimos, ò estraños, porque en este caso se verifica ser mejorado en la herencia, y en el otro ser mero legatarío; por lo que quando son mejora, corresponde à las copias el sello primero, y quando legado, el tercero, y en el intermedio papel comun, lo que tendrá presente el Escribano, pues muchos ignorantes no distinguen, y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo,

 por-

porque las de todos excepto de el que es para pleytos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en el Hospital, y las que se hacen à causas pias, pueden escribirse en papel comun, y sus copias deben darse en el del sello tercero, à menos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que en este caso se sacarán en el de pobres; pero si se otorgan en esta Corte, (que regularmente las hacen muchos porque la Parroquia no lleve à sus herederos crecidos derechos,) deben escribirse sus protocolos en papel del sello quarto, y las copias segun sea el otorgante, ò heredero; lo qual es conforme à la *ley 45. tit. 25. lib. 4. de la Recopilacion*, que trata del que corresponde à los instrumentos, juicios, despachos, y otras cosas.





CAPITULO SEGUNDO.

DE DOTES, Y ARRAS.

S U M A R I O.

§. I.

1 *ESta palabra* Dote, *qué significados tiene?*

2 *Que es la dote entendida juridicamente, y la donacion* propter nuptias.

3 *Quándo puede el marido constituir la donacion* propter nuptias, *y la muger su dote?*

4 *De quántas clases son los bienes dotales?*

5 *Y de quántas las arras?*

6 al 8 *Quáles se llaman bienes dotales: à quién corresponde su dominio civil: en qué casos se transfiere al marido su dominio irrevocable: y si puede, ò no gravarlos, y enagenarlos, y le toca, ò à su muger su incremento, ò decremento?*

9 *Quándo causa venta su estimacion, y aprecio; y qué obligacion tiene el marido si la dote consiste en ganados, y no se le entregan apreciados?*

10 *Si el marido disipa la dote, puede su muger demandarsela.*

11 al 14 *Quáles se llaman bienes* Parafernales, Antifernales, Propios, y gananciales: *y à quién se comunican los frutos de todos?*

15 Quiénes pueden, ò no ser compelidos à dotar à las mugeres?

16 Cómo puede darse la dote; y si el que la dá à la que presume ser su parienta, y no lo es, podrá demandarsela?

17 Cómo ha de constituirse la dote de bienes muebles, y raices; y à quién pertenece el riesgo, si consiste en deudas, y el deudor es ascendiente de la muger, ò estraño?

18 Se trata de la constitucion de la dote que consiste en renta vitalicia, empleo, ò usufruto.

19 Si el que dá, ò recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, podrá, ò no pedir que se deshaga el agravio: y quién está obligado à su saneamiento?

20 Lo novia que ofrece algo al novio, queda obligada à su entrega: si le dá alguna cosa sabiendo que no puede casarse con él, no puede demandarsela: y si ambos se dan mutuamente algo con cierta ciencia del impedimento, lo pierden.

21 Por qué causas ganan marido, y muger la donacion que se hacen en contemplacion del matrimonio?

22 Pactando al tiempo de casarse que falleciendo uno de ellos sin hijos ni ascendientes, ha de heredar el otro lo que aquel le dió, y los gananciales, si valdrá, ò no el pacto?

23 Qué circunstancias deben concurrir para que el marido gane los frutos de la dote?

24 Qué gana la esposa (disuelto el matrimonio) de lo que el esposo la dió?

25 26 Padres si podrán, ò no prometer à sus hijas, y nietas tercio, ò quinto de sus bienes por razon de dote, y casamiento; y de quáles deben pagar la dote?

27 28 Qué cantidad puede dar, ò prometer el novio à la novia en arras, ò joyas, y vestidos?

29 Si el novio pobre podrá ofrecerselas para quando tenga bienes: y si habiendola ofrecido la decima de los que entonces tenia, ò despues adquiriese, podrá elegir?

30 Y si es menor, qué solemnidad ha de intervenir para donarla bienes raices, ò muebles?

31 El novio viudo que tiene hijos, si podrá, ò no ofrecer arras à la novia, y des-

despues legarla el quinto por contrato, ò ultima disposicion, viviendo los hijos?

32 33 *Si las arras se ofrecen por aumento de dote, de qué privilegio gozan; y si el marido puede, ò no enagenarlas, y cómo se han de sacar?*

34 *Disuelto el matrimonio, qué debe haber la muger?*

35 *El marido debe restituir la dote segun se obligue; y à su muger de quál la toca el desfalco?*

36 *Qué expensas puede descontar el marido à su muger de las hechas en sus bienes dotales?*

37 *Quándo debe restituir los bienes raíces, y muebles?*

38 *Si deberá, ò no ser preso, ò reconvenido por lo que no puede restituir?*

39 *Hasta qué tiempo no prescribe la accion de repetir la dote?*

40 *Sobre su restitucion puede el marido imponerse pena, que llaman* arra.

41 42 *Y los contrahientes sobre el cumplimiento del contrato, ofreciendola, ò dandola; y se dice si deberán, ò no pagarla.*

43 *En los contratos de venta, transaccion, y otros semejantes el que se retrate, pagará la pena, y será compelido à su cumplimiento, si à todo se obliga.*

44 *Pero no, si es menor, excepto en un caso.*

45 *Se trata de la promesa de dote, y capitulaciones matrimoniales.*

46 *Y de otra promesa, cuya escritura rara vez, ò nunca se ofrece.*

47 *De la que se llama:* Consentimiento de ambos contrahientes en casarse.

48 *De la carta de pago y recibo de dote.*

49 *Y del capital del marido.*

§. II.

50 *QUándo será, ò no preferida la muger à los acreedores anteriores, y posteriores de su marido, que tengan hipoteca tácita, ò expresa en sus bienes?*

51 *Y si la muger segunda lo será, ò no à la primera?*

52 *A qué acreedores posteriores no será preferida?*

53 *Qué privilegio pasa à los herederos extraños de la*

§. I.

DE DOTES, Y ARRAS.

1 ESta voz, ò palabra *Dote* tiene diversos significados segun se aplica: unas veces llaman dote à las virtudes morales, y prendas naturales de que el hombre está adornado. Otras à las perfecciones, y dones sobrenaturales de que Dios dota graciosamente al cuerpo, y alma gloriosos, de las quales tratan latamente los Theologos. Y otras veces se entiende civil, y juridicamente por lo que se dá *ratione matrimonii*, y de esta dote paso à tratar en la siguiente forma.

2 La Dote entendida civil, y juridicamente es como una

una manera de donacion que la muger hace de sus propios bienes à su marido por razon de casamiento; ò todo lo que la muger lleva al matrimonio, y entrega, ù otro en su nombre à su marido para ayuda à superar con sus frutos las cargas matrimoniales; y asimismo es uno de los contratos de buena fé, por lo que en él puede proceder el Juez *ex bono*, *&* *æquo*, y no con el rigor del derecho. Y *donacion propter nuptias* es lo que el marido, ò esposo da, ù ofrece à su muger, ò esposa por razon de casamiento; y à esta donacion llaman vulgarmente en estos Reynos: *Arras*, *ò dotacion.* (1)

3 El marido puede constituir, y aumentar asi antes como despues de contraer matrimonio la donacion que haga à su muger, y ésta su dote igualmente, y no de otra suerte, à menos que en el lugar de la celebracion del contrato haya costumbre contraria, pues ésta debe observarse; (2) y ambos se han de aposesionar de lo que se dán, pero toca al marido tener siempre el dominio, y usufruto de todo para superar las cargas matrimoniales. (3)

4 Los bienes de la dote se llaman *Adventicios*, y *Profeticios.* Los adventicios son los que la muger entrega por sí misma, ò en su nombre su madre, tio, primo, ò pariente por linea materna, ò algun estraño à su marido; ò los que la muger adquiere con su industria antes de casarse, ò algun estraño la da. Llamanse *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo, ni de otro ascendiente por esta linea. Y los Profeticios son los que su padre, ù otro pariente por linea paterna, ò algun estraño por respeto, y atencion de su padre la dan. (4)

5 Las Arras son de tres maneras: unas lo que el esposo da, ù ofrece à la esposa por razon de la dote que con

(1) Leyes 1. tit. 11. Partid. 4. Plerumque 10. §. 3. y Arg. leg. Dotis 1. ff. de Jure dot.

(2) Leyes 1. tit. 11. Partid. 4. y pen. y ult. Cod. de Donat. ante nupt. Begnudel. Biblioth. verb. Dos. num. 30.

(3) Ley 7. tit. 11. Partid. 4.

(4) Leyes 2. tit 11. Partid. 4. Profecticia 4. ff. de Jur. dot. y unic. Cod. de Rei uxoriæ act.

con ella recibe; ò por honor del matrimonio, y atencion à la virtud, honestidad, y otras apreciables prendas, y circunstancias de que está adornada, que es lo mas frecuente; ò por remuneracion, y recompensa de su virginidad, y nobleza, bien que esto es indecoroso, y ruboroso en mugeres de honor, y juicio, lo uno porque el marido jamás se ennoblece con los brillos de su muger, la qual es el fin de la familia; y lo otro, porque suena à venta de su cuerpo; y à esta oferta, ò dádiva llaman comunmente tambien *donacion propter nuptias*, *ò dotacion*, (que antiguamente se llamaba *ante nuptias*, porque se hacia antes del matrimonio, hasta que el Emperador Justiniano permitió que se pudiese hacer constante él) cuyo dominio pasa irrevocablemente à la muger, y por su muerte à sus herederos. Otras, lo que el esposo da simple, y francamente à la esposa para su adorno, v. gr. anillos, aderezos &c. ò ésta à él con esperanza, y fin de casarse; à cuya donacion llaman en latin: *Sponsalitia largitas*, y en ella puede el donante imponer condicion à su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende; (1) y quándo ganan, ò no esta donacion los esposos, ya se siga, ò no el matrimonio, lo trata *Gom. en la ley 52. de Toro* num. 1 y siguientes, cuya explicacion omito por no ser precisa al Escribano. Y otras lo que los esposos de futuro se prometen, ò entregan antes de contraer matrimonio en señal, ò prenda para justificar, y hacer constar los esponsales de futuro: ò una especie de pena que se imponen, para que la pague el que se resila de celebrarlo, y en lo antiguo tambien se daban para confirmacion del matrimonio, (2) lo qual no se practíca hoy. Otra donacion suelen hacerse marido, y muger despues de consumado el matrimonio, sobre cuya validacion, ò insubsistencia, y de qué bienes puede ser hecha, vease el capítulo III. num. 21. y sig.

Los

(1) Ley 2. tit. 11. Partid. 4. Parlador. different. 125.

(2) Parlador. ibi. num. 6.

6 Los bienes de los casados se nombran de diversos modos: unos se llaman *dotales*, y son los que la muger, ù otro en su nombre entrega à su marido para ayuda à superar las cargas matrimoniales, y de ellos corresponde à la muger el dominio natural, y â su marido el civil durante el matrimonio, que es la administracion, y usufruto; y asi la dote se llama patrimonio propio de la muger. (1) Lo qual se entiende, excepto que el lucro percibido del fundo dotal no pertenezca al fruto, ò no deba estimarse por redito, sino por suerte principal que aumente la dote, como sucede quando el novio recibe antes de casarse algunos bienes fructiferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir, ni otra cosa, pues en este caso el importe de sus frutos es aumento, y no reditos de la dote, (2) y disuelto el matrimonio se transfiere *ipso jure* por ministerio legal en la muger el dominio civil, y se consolida con el natural. (3)

7 En dos casos se transfiere irrevocablemente al marido el dominio civil, y natural de los bienes dotales con obligacion de restituir su importe disuelto el matrimonio: el primero, quando la dote consiste en bienes muebles uso consumibles, que son los que se cuentan, miden, y pesan, ò dinero; y el segundo, quando se le dan valuados con estimacion que causa venta, (que en duda siempre la causa;) en cuyos casos puede hacer de los bienes lo que quisiere, como suyos, y es de su cuenta, y riesgo el incremento, ò decremento que padezcan; lo qual se entiende efectuandose el matrimonio, pues si no tiene efecto, aunque se estimen, y los tenga en su poder antes de contraerlo, toca à la esposa su deterioro, ò aumento. (4) Y se

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Filius, ff. de Collation. bonor. ley Pater, ff. de Evict. y ley Quamvis, ff. de Jure dot.

(2) Leyes 7. y 28 tit. 11. Partid. 4. y 7. y 12. ff. de Jure dot.

(3) Ley Dotis, ff. Solut. matrimonio.

(4) Leyes 7. 18. y 21. tit. 11. Partid. 4. Si res in dotem 42. ff. de Jure dot. Quotidie 5. y Cum dotem 10. Cod. eod. tit. y unic. Cod. de Rei uxoriæ act. Gutierrez de Juram. confirm. par. 1. cap. 1. n. 9. y sig.

se previene que si el marido despues de casado los vende, y no tiene con que reintegrarlos, puede su muger recobrarlos, ò su importe del comprador à eleccion de éste, haciendo previa excusion en los de aquel. (1)

8 Si son inmuebles, y el marido los recibe sin apreciar, ò con estimacion que no causa venta, pertenece à su muger su dominio natural irrevocable en ellos, y su deterioro, ò aumento, y el civil al marido, el qual no los puede enagenar, obligar, ni hipotecar aunque su muger lo consienta, porque jamás se transfiere en él su dominio natural, y verdadero; (2) excepto que ésta concurra à la celebracion del contrato, se obligue espontaneamente con juramento à no reclamarlo, ni contravenirlo, (3) y renuncie (como puede,) el derecho, y accion hipotecaria que la compete contra los bienes de él, (4) pues conteniendo estos requisitos, valdrá su enagenacion, y gravamen.

9 Causa venta la estimacion de los bienes dotales, quando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan; en cuyo caso le toca el desfalco, ò incremento que tengan: todos los suyos presentes, y futuros están tácitamente obligados à su responsabilidad por legal ministerio: y su muger es preferida à los demás acreedores en su importe, (5) excepto en los casos que explicaré en el §. II; pero si no se le entregan en esta forma, y su valuacion se hace solamente para que se sepa su valor, si se menoscaban, ò mejoran, y no con otro fin, pertenece à la muger el riesgo que haya en ellos, no proviniendo el menos-

(1) Señor Olea de Ces jure tit. 5. quæst. 12. num. 11.

(2) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. Instit. in princip. Quibus alienare licet, vel non.

(3) Cap. Licet mulieris in 6. y cap. Cum contingat 28. de Jure jurand.

(4) Ley Jubemus 21. Cod. ad Velleyan.

(5) Leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. 23. 29. y 33. tit. 13. Part. 5. In rebus 30. Cod. de Jure dot. y Assiduis 12. §. 1. Cod. Qui potior in pignor. hab.

noscabo de culpa de su marido; (1) y si la dote consiste en ganados, y no se aprecian al tiempo de la entrega, debe haber el marido los frutos que produzcan, y cumple con restituir otros tantos de los hijos que procreen, si algunos murieren. (2)

10 Si la muger conoce que su marido disipa, ò desfalca su dote, y viene à inopia por su culpa, puede demandarle judicialmente que se la entregue, ò afiance su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega, llana, y abonada, y se la acuda con sus frutos para sus alimentos, à lo qual debe deferir el Juez; mas no la compete esta accion quando la deterioracion, ò menoscabo no procede de culpa de su marido; (3) bien que en todos casos se la admite la demanda, especialmente si éste tiene otros acreedores, para que no pierda su dote, ni quede indotada.

11 Otros bienes se llaman *Paraphernales*, ò *extradotales*, y son los que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ò recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada, como mas latamente tengo explicado en mi segunda parte adicionada lib. 1. cap. 3. num. 42. y 54. à donde remito al lector. Llamanse Parafernales de la diccion griega *Parapherna*, compuesta de *Para*, que significa casi, ò cerca, y *pherna*, que en idioma Castellano equivale à dote: por cuya razon se llaman casidotales, ò juntos à la dote, y en ellos tendrá dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si su muger se los dá con esta intencion, y no de otra suerte; y constando su entrega, aunque no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, gozan de el de tácita hipoteca, por lo que los del marido están sujetos igualmente à su res-

(1) Leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. Begnud. Biblioth. verb. Æstimatio num. 9. 10. y 11. y verb. Dos num. 2. Señor Covar. practic. sap. 28.

(2) Ley 21. tit. 11. Parid. 4.

(3) Leyes Si constante 24. ff. Soluto matrim. Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. 1 tit. 9. Partid. 3. y 29. tit. 11. Partid. 4.

responsabilidad, y restitucion; y asi entregandolos à su marido, será preferida en su importe à los acreedores anteriores personales, y chirografarios de él, y à los posteriores que tengan hipoteca tácita, ò general expresa; pero si los administra por sí propia, por haberlo pactado asi antes de casarse, y no los entrega à su marido, no gozarán del privilegio de prelacion, ni de el de tácita hipoteca, porque como retiene su dominio, y usufruto, y puede hacer de ellos lo que quiera, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan; y lo mismo procede quando se duda si se los entregó, ò no, pues entonces no será responsable el marido. (1)

12 Otros se llaman *Antiphernales*, ò *contradotales*, y son los que el marido señala à su muger por compensacion de su dote, (de cuyos efectos, conveniencias, y otras cosas trata *Antonio Gomez* en la *ley* 50. *de Toro num. 9. y sig.* y por no necesitar saberlas el Escribano, omito su explicacion) y en estos bienes tiene tambien el marido el dominio, y usufruto.

13 Otros se llaman *Propios*, y son los que cada conyuge lleva al matrimonio, y hereda, ò adquiere durante él por ultima voluntad, ò por contrato lucrativo, y à estos llaman tambien *hereditarios*; y en todos tiene su dueño la propiedad, y dominio natural, pero en los de la muger toca à su marido el civil para administrarlos, y mantener con sus frutos las cargas del matrimonio, (2) si al tiempo de casarse no se pactó expresamente otra cosa entre los dos en quanto à los parafernales, como pueden hacerlo.

14 Y otros se llaman *Comunes*, *gananciales*, ò *multiplicados*, y son los que adquieren los conyuges constante matrimonio por su trabajo, industria, compra, ò en otra manera semejante mientras viven juntos, de los quales cada

(1) Leyes 17. tit. 11. Partid. 4. fin. Cod. de Pact. conven. y Potior: al princip. y §. Colonus, ff. Qui potior in pignor. hab.

(2) Leyes 3. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

da uno debe haber la mitad en estos Reynos de Castilla, y el marido tener su dominio; (1) y aunque al tiempo de casarse lleve mas uno que otro de qualquier calidad que sean, ò los adquiera mientras están casados, se comunican igualmente à entrambos los frutos que producen, (2) como dexo sentado en el capítulo I. §. XXII. num. 241. y 249.

15 El padre puede ser apremiado à dotar à la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que la ofrezca, si se efectúa el matrimonio; (3) y en quanto à cómo debe ofrecerla la dote, quando es administrador de bienes de ella, para evitar dudas, y pleytos, vease lo explicado en el cap. 4. num. 119. lib. 1. de mi segunda parte adicionada. Pero si la hija se casa contra su voluntad antes de los veinte y cinco años con sugeto indigno en calidad, ò en costumbres, no podrá ser obligado à dotarla, sino solamente à darla los necesarios alimentos en pena de su ingratitud, è inobediencia. (4) Tambien pueden serlo el abuelo, y visabuelo paternos en el caso de que tengan en su poder algunos bienes de sus nietas, y viznietas, y no en otro. (5) La madre católica no debe ser compelida à dotar à su hija, pero si es Judia, Mora, ò de otra secta, puede serlo, como igualmente qualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, y por servirse de ella, disfrutar su hacienda, ò por otros fines particulares intenta impedirla que se case. (6)

16 Las dotes pueden darse antes, ò despues de contraer

(1) Leyes 203. del Estilo 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real. y. 1. y 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

(3) Leyes 8. tit. 11. Partid. 4. ultim. Cod. de Dot. promis. y Qui liberos 19. ff. de Ritu nuptiar.

(4) Ley Qui à liberis, §. Si vel parens, ff. de Liber. agnoscend arg. cap. Cum haberet, de eo qui duxit. Ferrar. Biblioth. verb. Dos, n. 6. y 7.

(5) Ley 8. tit. 11. Partid. 4. Gom. en la ley 50. de Toro n. 22. Gutier. lib. 2. pract. quaest. 10.

(6) Ley 9. tit. 11. Partid. 4.

traer matrimonio, puramente, ò con condicion, y à los plazos que se estipulen; y deben observarse los pactos que imponga el que las diere, no siendo opuestos à derecho, y buenas costumbres, (1) al modo que en las donaciones, porque realmente lo son. Y si alguno dota à muger, con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues se verifique no ser parientes, no puede demandar lo que la dió en dote, porque es obra de piedad, y la obliga à disponer de su persona; y lo propio milita con otras hechas por piedad. (2)

17 La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos, y acciones. Si es menor, y los bienes son raices, debe intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su Curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de éste. (3) Si la dote consiste en deudas, es su padre, ù otro ascendiente el deudor, y el marido negligente en cobrarlas, toca à la muger el riesgo que haya en su cobranza, y aunque su heredero demande al marido, ò al suyo su importe, no ha de ser oido, porque los hijos, è yernos no deben apremiar à sus padres, y suegros como à los que no lo son. Y si el deudor es estraño, se ha de distinguir: ò la deuda es obligatoria, ò voluntaria: si es obligatoria por proceder de contrato oneroso, v. gr. venta, emprestito, ù otro semejante, debe satisfacerla el marido de sus propios bienes en el caso de que por su culpa, ù omision no se cobre; y si es voluntaria por provenir de donacion, ù otro contrato lucrativo, se subdistingue: ò la cosa donada es cierta, y señalada, ò no; si lo es, y el deudor se obliga à entregarla, corre la misma pariedad que siendo obligatoria: y si no lo es, toca à la muger el peligro que haya en su cobranza, aunque por no pedirla su marido se pierda. (4) Y por quanto suelen ha-

ce-

(1) Leyes 10. 11. 13. y 30. al fin. tit. 11. Partid. 4. y cap. Donatio 8. de donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley 35. tit. 14. Partid. 5.

(3) Ley 14. tit. 11. Partid. 4.

(4) Ley 15. tit. 11. Partid. 4. Sr. Olea de Ces. Jur. tit. 5. q. 12.

cerse gastos judiciales, y otros en la cobranza de deudas: para que la dote sea liquida, y efectiva, y el marido en nada perjudicado; convendrá que en el instrumento dotal *se obligue à responder de su importe liquido, deducidos los gastos judiciales, y demás que en su cobranza se le ocasionen, de que llevará cuenta exacta, y puntual, y no de otra suerte.* Con cuya cláusula no se le computarán, ni compensarán con los frutos dotales, y cesarán las dudas que por la variedad de opiniones hay sobre esto, segun expondré en mi segunda parte lib. 1. cap. 3. lo que tendrá presente el Escribano.

18 Muchas veces llevan en dote las mugeres legado annuo, usufruto, pension, ò renta impuesta en fondo vitalicio, ò empleo, y la práctica de esta Corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar por tal el importe de los diez años primeros siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligandose el marido à restituirlo à su muger, ò à sus herederos, aunque ésta no viva los diez años, y si vive mas, hace suyo el producto, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica iniqua, y desarreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pension, legado annuo, ò renta vitalicia de capital puesto en fondo vitalicio, ò en otra manera semejante, se obligue el marido, si quisiere, à responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ò los menos que pacten, si muere antes que se cumplan, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los reditos anuales à tres por ciento, respecto querer que sea capital lo que es fruto en la realidad, y constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufruto de casa, ù otro edificio: que se haga la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos, y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote liquida. Si es de tierras, viñas, ù olivares: que se observe lo propio, sin hacer mas deducion

cion que de los gastos de cobranza, y reditos expresados. Y si es empleo que el marido debe servir; que se considere por dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dexe la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si muerta su muger ha de continuar en él, sean íntegros los diez años. Y podrá estipular tambien quando se case: *Que en atencion à quedar siempre vivo, ileso, y sin el menor decremento à la Novia el derecho de percibir su renta, ò pension annua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada, ò intestada antes que el Novio, no ha de ser obligado este à entregar à sus herederos legitimos ni estraños, ni estos poder pedirle jamás en juicio, ni fuera de él el todo, ni parte de las annatas que haya cobrado, antes bien se han de graduar, y estimar en estos casos como desde ahora se gradúan, y estiman por frutos de aquel derecho, à cuyo fin se les priva de toda accion para demandarlas; y solo en el de que el Novio la premuera, se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que perciba de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que él dexe; y lo contrario sea nulo, y de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, expreso, y prohibitivo.* Con cuya cláusula no queda el Novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que despues de muerto se exijan, ò no de sú caudal las annatas percibidas, pues lo que le interesa, es que no le molesten en vida por su importe; y à la Novia tampoco se irroga detrimento, porque si sobrevive al Novio, logra el abono de las que éste cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Y lo mismo podrá pactar entonces para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues no pactandolo, no se tendrá por dotal el importe de las annatas de él. Y prevengo lo primero, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios, ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del marido, porque por el mis-

mo

mo hecho de no haberse pactado, ni obligado à su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales, ni parafernales, sino frutos de aquel derecho, por cuyo defecto se desestimaron en el Consejo en cierto pleyto que seguí como apoderado de una Señora sobre tercería dotal por el Oficio de Don Josef Perez Escribano del numero de esta Villa en el año pasado de 1765. De esta clase de dote trata el *señor Olea de Ces. jur. tit.* 6. *quæst.* 2. con mucha delicadeza, y extension, y tambien otros con bastante variedad. Y lo segundo, que el capital impuesto del caudal de ambos conyuges en fondo vitalicio por la vida del Superstite, ò de algun hijo, ò hijos de ambos, ò de extraño, no se debe inventariar, ni partir, porque ya no existe, ni se puede recuperar; y lo que se ha de hacer, es dividir el derecho de percibir las annualidades que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza está impuesto, (por cuya muerte espiran) à proporcion de lo que à cada uno corresponda segun su haber, y de esta suerte à ninguno se perjudica; lo que tendrá presente el Escribano si le ocurre, como me ocurrió, lo practiqué, y se aprobó.

19 Aunque el que dá, ò promete la dote, no obligue expresamente sus bienes à su pago, y saneamiento, quedan obligados tácitamente à su restitucion no solo los presentes, sino los futuros del marido que la recibe; (1) y si algun tercero la quita à éste en juicio, y no fue apreciada, pertenece el menoscabo à la muger, la qual, y el que la dió no tienen obligacion de sanearla, habiendose constituido con buena fé, ni por consiguiente ha lugar su eviccion; pero si fue con dolo, ò se dió apreciada, ò empezó por promesa, y obligacion de darla, y no por tradicion, ò el que la dió se obligó à su eviccion, y saneamiento, queda, y está obligado à todo. (2) Y si el que la dá, ò recibe apreciada, se siente agraviado de su

(1) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. ley 1. Cod. de Jure dot. Gomez
(2) Ley 22. tit. 11. Partid. 4. y lib. 2. Var. cap. 2. num. 37.

su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio, ò lesion en qualquier cantidad que sea, sin embargo de que no exceda, ni llegue à la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal por favor de la dote; (1) y la accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitucion, à menos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no prefine término para ello; por lo que si la muger llevó en dote bienes raices estimados: el marido los cuidó, y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se conoció en ellos ruina, ni menoscabo: y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos, y por su muger, los dán menos valor que el que se les dió al tiempo de casarse, deberá ésta tomarlos por el precio que tenian entonces, sin que los herederos del marido sean responsables al menos valor, porque éste puede provenir del tiempo, ò no haber tenido mas realmente quando los llevó, aunque mas se les diese, como sucede regularmente en todas las dotes pues se tasa por veinte lo que no se puede vender por diez; fuera de que de los bienes raices no se transfiere el dominio al marido, y asi no deben valuarse, excepto que haya aumentos, ò menoscabos conocidos, y que de estos haya sido él la causa.

20 Si la novia libre mayor de veinte y cinco años, y sin descendientes ofrece algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se exprese, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro, queda obligado, (2) al modo que los bienes del novio lo están à la donacion *propter nuptias*, que hace à la novia; (3) en cuyo caso se estenderá la cláusula en los terminos que expresa la nota primera puesta à continuacion de la escritura de capital; bien entendi-

(1) Ley 16. tit. 11. Partid. 4. Sr. Gregor. Lop. en ella.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recopilac.

(3) Ley 23. tit. 13. Partid. 5.

dido que aunque la oferta, ò donacion que la novia soltera, ò viuda sin hijos haga al novio, exceda en mucho, ò poco de la decima, ù octava parte de sus bienes, valdrá, por ser hecha por contrato oneroso, con tal que no sea inmensa, porque ésta está reprobada por derecho, segun diré en el capítulo siguiente. Y sin embargo de que con poca reflexion afirman algunos que las leyes que hablan con el novio, deben entenderse con la novia por ser correlativos; se equivocan en este concepto, porque à mas de no hablar directa, ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues (como dice el derecho) (1) las mugeres son naturalmente avarientas, y codiciosas: lo quieren todo para sí, por parecerlas neciamente que se lo merecen, y se les debe de fuero: y sienten entrañablemente desprenderse de lo que poseen, à menos que ceda en su privativa utilidad, y adorno, ò para adquirir mas con ello, y por eso no tubo necesidad el derecho de prohibirlas, ni las prohibió hacer donaciones; y asi muy rara vez se vé que las hagan à los novios, sino que sean viejas, ricas, y feas, y el novio buen mozo; pero con los hombres es distinto, porque por lo regular son pródigos, mayormente estando para casarse; como ciegos de esto que llaman amor, (y no es mas que el fuego de la concupiscencia que los infatúa, esclaviza, y convierte en brutos) no se detienen en ofrecer, y donar, por quedar airosos, y congratular à las novias, y à su parentela; y como su alucinada, y necia prodigalidad cede en grave detrimento suyo, fue preciso refrenarsela, pues de lo contrario se les ocasionarian mayores daños. Si le da alguna cosa, sabiendo que la está prohibido casarse con él, no puede demandarsela despues; (2) y si ambos con ciencia del impedimento se dán mutuamente algo, lo pierden, y toca al Fisco. (3)

21 Por tres causas gana el marido la dote, que su muger lleva al matrimonio, y ésta la donacion, que en con-

(1) Ley 3. tit. 11. Partid. 4.
(2) Ley 50. tit. 14. Partid. 5.
(3) Ley 51. tit. 14. Partid. 5.

contemplacion de él la hace su marido: la primera quando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, lleve el superstite todo, ò parte de lo que el difunto le dió. La segunda por costumbre: de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno de ellos sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el qual gana el marido su dote, y arras, (1) de cuyo crimen solo él puede acusarla; (2) pero en los dos primeros casos está contraria la práctica, y costumbre de estos Reynos, pues nada heredan, aunque el muerto no dexe succesion, à menos que conste expresamente de su ultima voluntad, y asi solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la decima de los bienes del marido, ò las joyas, ò vestidos, si no exceden de la octava parte de su dote, por lo que no se hacen hoy estas donaciones, y aunque se hagan no valen, como advierte el *señor Gregor. Lop. en la ley* 23. que se cita *glos*. 2.

22 Pactando marido, y muger al tiempo de casarse que si fallece uno de ellos sin hijos ni ascendientes, ha de llevar el otro la donacion que se hacen, ò arras que se ofrecen por razon de casamiento, y los gananciales, debe observarse el pacto, aunque despues de casados vayan à vivir à lugar en que haya costumbre contraria; pero si nada pactan, valdrá la costumbre de el en que contraen matrimonio, y no la de el en donde fijan su domicilio. (3) Lo qual será al contrario pactandolo constante matrimonio, como diré en el cap. 3. n. 21. y expuse en el 1. num. 122.

23 Para ganar el marido los frutos de la dote, ya sea, ò no estimada, deben concurrir tres circunstancias: la primera, que el matrimonio se celebre perfectamente: la

(1) Leyes 23. tit. 11. Partid. 4. y 15. tit. 17. Partid. 7.
(2) Leyes 1. y 2. tit. 17. Part. 7. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 19.
(3) Ley 24. tit. 11. Partid. 4. Sr. Larrea allegat. 115. num. 25.

la segunda, que tenga la posesion de la dote: y la tercera, que sufra las cargas matrimoniales; pero esto se limita en los de la sierva, pues si se le entrega apreciada, recibe en sí el daño, y muerte de ella, y no lo uno sin lo otro, y se obliga à restituir su valor, los llevará, y será de su cuenta, y riesgo el aumento, ò menoscabo; y si no lo recibe todo, no serán suyos; pero si no se le entrega apreciada, pertenece à su muger el peligro. (1) Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria. (2)

24 Qualquiera esposa de presente, ò de futuro disuelto el matrimonio, gana la mitad de todo lo que el esposo la dió antes de consumarlo, sea, ò no preciso, si la besó, y si no la besó, nada gana, y asi debe volver à los herederos del esposo; pero falleciendo alguno de los dos despues de consumado, llevará la muger, ò los suyos todo lo que el esposo la dió, siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras, ò lo que el marido la dió: cuya eleccion han de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los del marido, y pasados, la harán los de éste, (3) y podrán darla de las dos cosas la que quieran.

25 Los padres no pueden mejorar, dár, ni prometer à sus hijas por razon de dote, ni casamiento tercio, ni quinto de sus bienes, ni otra cosa alguna, ni se entiende ser mejoradas tácita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, como dexo sentado en el capítulo I. §. V. num. 81. y solo se les permite donarlas lo siguiente: el que tiene doscientos mil maravedis hasta quinientos mil de renta, puede darlas por sola una vez un cuento de maravedis en dote: el que pasa de los quinien-

(1) Ley 20. tit. 11. Partid. 4.
(2) Ley 25 tit. 11. Partid. 4
(3) Leyes 57. de Toro, que es la 4. tit 2. lib. 5. Recopilac. y Si à sponso 16. Cod. de Donat. ante nup.

nientos mil, y llega hasta un millon, y quatrocientos mil maravedis, cuento y medio: y el que tiene cuento y medio de renta, la de un año: y si mas tiene, no debe exceder de doce cuentos de maravedis, aunque su renta annual sea mayor, pena de perder el exceso; (1) pues para dotar, y que la dote sea congrua, se ha de atender à los haberes del dotante, hijos con que se halla, dignidad de las personas, y costumbre de la patria, y si no excede de la legitima, se tiene por congrua, y excediendo, por inoficiosa. (2) Lo mismo procede para con las nietas, aunque la ley no habla de ellas, porque versa igual razon, debe obrar la propia disposicion legal, y no han de ser de mejor condicion que sus madres, y por otras razones que traen los Autores. (3)

26 Debe pagarse la dote de los bienes gananciales, y no habiendolos, si padre, y madre la ofrecen, la satisfarán por mitad de los suyos patrimoniales, y si uno solo la ofrece, está obligado à su íntegra solucion; (4) pero la madre mediante no tener obligacion de dotar à su hija, segun dexo expuesto en el num. 15. puede pactar que si el padre fallece, y no hay gananciales, se entienda no haberla dotado, ni prometido cosa alguna, y por consiguiente no deberse desfalcar su dote, ni bienes hereditarios por esta causa; pues si no lo estipula, se quedará la hija con la mitad de la dote en cuenta de su legitima materna, y percibirá íntegramente la paterna, y su madre carecerá de aquella parte durante su vida; y si lo pacta, tendrá la hija que traer toda la dote à colacion, y particion con los demás herederos: la recibirá en cuenta de su legitima paterna: y si excede à ésta, restituirá el exceso, mediante no poder ser mejorada en contrato inter vivos por ra-

(1) Leyes 1. y 5. tit. 2. lib. 5. Recopil.

(2) Leyes Quæro 60. Sive generalis 61. y Cum post. 69. §. Gener. 4. ff. de Jur. dot.

(3) Matienz. en la ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 3. 4. y 5. Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 21. y 31. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 14.

(4) Ley 8. tit. 9. lib. 5. Recop.

razon de dote, ni casamiento: y la madre en nada quedará perjudicada.

27 Muchos necios están persuadidos que el novio tiene obligacion de dotar à la novia, y llega à tal extremo este abuso, y es tan poco el honor; tan grande la codicia; y ninguna la verguenza de muchas, que à cara descubierta regatean lo que las ha de ofrecer en arras, y qué vestidos, joyas, ò preséas (que llaman *vistas*) las ha de dar para casarse, y si no, no hay boda; de modo que lo quieren todo sin deberselas nada, y en buen castellano se venden, y todo lo incluyen en su carta dotal, como si lo llevaran por dote; y lo que es mas, que hasta las personas distinguidas inciden en este indecoroso modo de pensar, queriendo cohonestarlo con el colorido de que es por honor del matrimonio, como si este necesitara para ser honrado, que interviniese interés; pues tal es su carácter, y natural avaricia que en nada reparan, y por todo atropellan. Y para que unos, y otros depongan este error dimanado de la falta de lectura de las leyes, digo que no hay tal obligacion, ya sea la novia doncella, ò viuda, noble, ò plebeya, joven, y hermosa, ò anciana, y soltero, ò viudo, mozo, ò viejo, y feo el novio, y que antes bien es acto puramente voluntario, y urbano en éste el hacerlo, asi porque no hay ley que lo mande, ni à ello le precise, como porque una de Toro Recop. (1) prohibe que pueda renunciarse la del Fuero Real (2) que lo permite, prefiniendo, y limitando lo que el novio puede darla en joyas, ò preséas, y vestidos, ù ofrecerla en arras, y manda que aunque se renuncie, no valga su renunciacion, y que el Escribano que autorice contrato con ésta, incurra en perdimiento del oficio, y no pueda usarlo mas, pena de falsario: con la qual concuerda otra Recopilada, (3) la que para su mas exacta observancia prohibe también

(1) Ley 50. de Toro, que es la 2. tit. 2 lib. 5. Recop.

(2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero.

(3) Ley 5. §§. 1. al fin., y 2. tit. 2. lib. 5. Recop.

bien al Consejo de la Cámara dispensar en ello, y que ésta se renuncie: anula las facultades que en su contravencion se dieren: y hace otras prevenciones; de que se evidencia quan lejos está de tener obligacion de dotarla, ni de darla vistas, si no quiere; por lo que los novios cautos nada dan à las novias antes de otorgar su carta de dote, con cuya cautela no incluyen en ella las vistas, y tienen que contentarse con las arras. En quanto asi en los contratos nupciales puede, ò no ofrecer el quinto à la novia, y cómo se ha de estender la cláusula, vease el capítulo 6. num. 6. lib. 1. de mi segunda parte adicionada, en donde lo tengo explicado.

28 Y respecto de que si la novia mayor de veinte y cinco años, y libre de todo dominio quiere donar algo al novio, puede hacerlo, y si se lo dona, ù ofrece, quedarán sus bienes obligados à su cumplimiento, como dexo sentado en el num. 20; y si ninguno quiere, no debe ser compelido à ello, y es mas regular que los novios doten à las novias, que éstas à ellos, (pues como las mugeres son avarientas, y por propension natural tienen mas dispuesta su voluntad para recibir, que para dar, rara vez se vé que les hagan donaciones, si no que sea alguna vieja rica, y fea, por lograr un buen mozo,) para exterminar, y cortar de raiz los abusos, y excesos, que cometian los novios en las ofertas, y donaciones que hacían à sus novias, y evitar los notables perjuicios que se les irrogaban, ordenó, y dispuso la ley del Fuero Real confirmada por las dos Recopiladas, que quedan citadas en el numero inmediato, que ningun novio pueda dar, ni prometer à la novia en arras, ò donacion *propter nuptias* mas que la decima parte de los bienes libres que tenga; y no queriendo ofrecerla arras, que tampoco pueda darla en joyas, ò preséas, ni en vestidos (que la ley de Partida llama *donadíos*) ni en otra cosa alguna mas que la octava del importe de la dote que con ella recibiere: que todos los contratos, pactos, y promesas que en fraude, y contravencion de lo expuesto se hicieren, sean nulos: y que

que el exceso que se dé, ù ofrezca, se pierda, y aplique al Fisco; cuyas leyes están corroboradas por un Auto acordado, (1) y de ellas se prueba que el novio no tiene facultad de dár joyas, ò preséas, y vestidos, y ofrecer arras à la novia antes de casarse, ò de consumar el matrimonio, sino solamente una cosa, ù otra, porque hablan disyuntiva, y no conyuntiva, ò copulativamente; pero si lo hiciere todo, podrá elegir la novia dentro de los veinte dias expresados en el num. 24. y pasados, toca hacer la eleccion à los herederos de su marido. Lo qual se entiende quando la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preséas, ò vestidos, pues no habiendolas incluido, se deben tener como donados despues de casada, en cumplimiento de la obligacion alimentaria de su marido, y asi se inventariarán, y llevará las arras, y los vestidos se la aplicarán en parte de su haber hasta en lo que alcancen.

29 Aunque el novio sea pobre al tiempo de contraer matrimonio, puede ofrecer arras à la novia, señalandole cantidad determinada, para que si cupiere en la decima parte de los bienes que adquiera constante él, se la aplique, ò lo que importe la de los que tenga quando fallezca; (2) y si se las demanda, cumple con entregar la decima, y à nada mas está obligado. (3) Lo qual se entiende, ya trayga, ò no dote la novia, si el novio dexa herederos forzosos, pues no dexandolos, se la entregará toda la cantidad ofrecida, no obstante que exceda, ò no quepa en la decima, si se pactó en la escritura: se reputará por donacion, y deuda à su favor, y como tal deberán pagarsela íntegramente los herederos estraños de su marido, porque pudo dexarles menos, ò nada, è instituir à su muger por su universal heredera. Se previene lo

(1) Auto 4. §§. 24 y 25. tit. 12. lib. 7. Recopil.

(2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Ayora de Partition. part. 1. cap. 7. num. 18.

(3) Dicha ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero.

lo primero, que si lo que la ofrece en arras, cabe en la decima parte de los bienes que tiene quando se casa, y no en la de los que dexa al tiempo de su muerte; ò la ofrece la decima de los que entonces posee, ò de los que le toquen, y se encuentren por su fallecimiento à su eleccion, podrá elegir la muger, y deberá aplicarsela lo que elija, con tal que no exceda de la decima de los que en uno de los dos tiempos se verificó pertenecerle, aunque dexe hijos, porque en el mismo instante en que se celebró el contrato à su favor, adquirió derecho à ello, y à elegir; su marido contrajo esta deuda, y gravamen, que deben pagar, y sufrir sus hijos; y la ley no se lo prohibe; lo que practiqué en particiones que hice, y se aprobaron judicialmente; y para evitar disputas se pactará asi en la escritura en que se ofrezcan, de lo qual trataré con mas extension en el lib. 1. cap. 6. de mi segunda parte. Y lo segundo, que el novio puede ofrecer las arras con la condicion *de que si la novia le premuere, se entienda nula la oferta, no tengan derecho à exigirselas sus herederos legitimos, ni estraños, ni él este obligado, ni pueda ser compelido à entregar su importe, ni parte de él, y solo ella sobreviviendole pueda pedirlas, por querer cedan en beneficio personal, y privativo suyo, y no de sus herederos ex testamento, ni ab intestato*; y poner otras condiciones posibles, y honestas que le parezca, las que deberán observarse, porque el donante tiene facultad de ponerlas al tiempo que hace la donacion, ù oferta graciosa, como ésta lo es pura, y absolutamente por proceder de mera generosidad del novio.

30 Si el novio es menor de veinte y cinco años, y no tiene Curador, puede donar bienes muebles à la novia; pero si lo tiene, es preciso que concurra à la donacion; y si quiere donarla raices, debe intervenir licencia judicial por no ser suficiente la de su Curador, bien que si hace la donacion sin ella, y pasan quatro años despues de cumplidos los veinte y cinco sin reclamarla, es visto por este silencio confirmarla, y ratificar-

carla, y por lo mismo queda firme. (1)

31 Se duda si el novio viudo que tiene hijos, ù otro descendiente legitimo del anterior matrimonio, podrá dar, ù ofrecer en arras à su futura esposa la decima parte de sus bienes, y despues por ultima disposicion, ò por contrato entre vivos el quinto de ellos, viviendo los hijos: y parece que sí, respecto de que la ley del Fuero, y demás citadas en los numeros 27. y 28. hablan indistintamente sin expresar si el novio ha de ser soltero, ò viudo, con hijos, ò sin ellos. Pero nò obstante, digo que no puede hacer ambas cosas: lo primero, porque sus hijos, y descendientes legitimos tienen adquirido derecho, y quasi dominio en todos sus bienes: son como dueños de ellos: y se les deben por derecho natural, y positivo, excepto el quinto. Y lo segundo, porque se defrauda, y contraviene la ley 28. de Toro posterior à la del Fuero, que le prohibe tambien indistintamente disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte, (que es por contrato, y ultima voluntad); por lo que si la dá, ù ofrece arras, y despues la lega el quinto, se verifica gravarles su legitima en el importe de las arras, y exceder de las facultades que tiene. Se replicará diciendo que el contrato de arras es oneroso, y remuneratorio, y el quinto gracioso, y voluntario, y que la prohibicion, y limitacion de dicha ley de Toro se debe entender quando el que lega el quinto por ultima voluntad, hizo donacion graciosa por contrato entre vivos, mas no quando fue remuneratoria, porque la remuneracion es especie de paga, y compensacion de beneficio recibido. Y se responde que nò es oneroso sino para el novio, porque no obliga à la novia à disponer de su persona con tercero, pues si la obligára, diriamos que se vendia por este corto interés, (lo qual es ruboroso, è indecoroso) y que el matrimonio se hacia por él, siendo asi que debe contraerse por mútuo amor,

(1) Matienzo en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 5. Gomez, en la ley 50. de Toro n. 14.

amor, y por los honestos, y santos fines que prescribe nuestra santa ley, y no por otros; à mas de que es voluntario en el novio el ofrecerla, ò no las arras, y por lo mismo aunque sea viejo, feo, y viudo, y la novia moza, doncella, noble, y hermosa, no debe en conciencia, ni en justicia darselas, ni ofrecerselas, sino quiere, por no obligarle à ello ley alguna. No es remuneratorio, porque la remuneracion supone beneficio, ò servicio recibido de aquel à quien se remunera, el que no hay de la novia; y sin embargo de que se toman por causa, y pretexto para llamarle asi, la virginidad, hermosura, mocedad, nobleza, y otras circunstancias de ella: todo esto no es mas que un colorido, y embeleso inventado por los fatuos demasiado afectos, y apasionados à las mugeres, para disipar à los novios, y enriquecer à las novias, que no debe ceder en detrimento de los que en conciencia, y en justicia son acreedores à todos los bienes de sus ascendientes, pues ninguno debe lucrarse con perjuicio de otro; y si fuera contrato oneroso, y remuneratorio, no estarian como están obligadas las viudas que se buelven à casar, à reservar à los hijos del anterior matrimonio las arras dadas, ù ofrecidas por su padre, segun con legal apoyo queda sentado en el capítulo I. §. XXIII. antes bien las harian suyas como la dote: y à mas de esto si el novio pobre ofrecia à la novia cantidad determinada para quando tubiese bienes, y al tiempo de la disolucion del matrimonio no cabia en la decima parte de los que habia adquirido constante él, la percibiria íntegra, (como otros acreedores perciben sus creditos) aunque nada quedase que heredar à los hijos, por ser primero pagar, que heredar, y no llamarse herencia sino el residuo bajadas deudas; lo que no se practíca, ni debe practicar teniendolos, sino limitarse à lo que la ley permite. Tambien se dirá que el novio soltero ofrece la decima à su futura esposa, y despues la lega el quinto: y que el padre mientras vive puede vender, y gravar sus bienes, y hacer de ellos lo que quiera como dueño, y todo es válido. Y se res-

responde que el novio soltero, ò viudo sin descendientes puede hacerlo todo, porque es libre, y dueño despotico de sus bienes, à los quales como nadie tiene adquirido derecho, à nadie perjudica; pero el que los tiene, solo es dueño del quinto, y de lo demás es un mero administrador legal con algunas mas prerrogativas, y facultades, y no otra cosa, porque sus descendientes tienen adquirido derecho à ello, y por todos se les debe como legitimas, ò partes de herencia prefinidas por la ley, en las quales no tiene potestad para gravarles, sino antes bien está obligado à aumentarselas, segun afirma San Pablo en el capítulo XII. de la Epistola que escribió à los Corinthios; y aunque se permite al padre vender sus bienes, trocarlos, y obligarlos, es porque se presume que tendrá necesidad, ò se le podrá seguir utilidad, y que por eso, y no por perjudicar à sus hijos, (pues no es creible) lo hace: (lo que no sucede en las donaciones, pues de ellas se conoce à todas luces que se les sigue daño, y el padre no recibe beneficio) y para que se verifique que tiene dominio en ellos, y no dexe de usarlos, ni se le enfrie el animo de atesorar licitamente para sus descendientes; pues el que se le siga, ò no beneficio de su venta, trueque, ò gravamen, es eventual, y asi no invalida el contrato, porque quien se expone à ganar, se expone à perder, y lo demás seria cortar la sociedad, y comercio humano, y privar enteramente à los hombres del uso de sus bienes. Y añado para corroboracion de mi dictamen, que si la donacion, que el que no tiene hijos, hace de todos, ò de la mayor parte de sus bienes, aunque sea solo de los presentes, es nula, y se revoca por la supernascencia de ellos, como diré en el capítulo III. n. 28. con mas razon debe revocarse la que hace el que los tiene, porque donando mas del quinto, da mas de lo que es suyo; por cuyas razones, y por otras que tengo expuestas en el cap. 6. num. 28. lib. 1. de mi segunda parte adicionada, digo que el contrato de arras debe llamarse con propiedad lucrativo, y no oneroso, ni remuneratorio:

rio: que por lo mismo no puede el novio viudo que tiene descendientes legitimos, donar à la novia mas que el quinto en vida, y muerte, del qual deberá enterrarlo: y que si excede, no valdrá el exceso, porque carece de potestad para ello. Esta es mi opinion, la qual sigue *Bayo Prax. Eccles. lib.* 2. *part.* 3. *quæst.* 89. bien que no se estiende tanto en su defensa.

32 Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no de el de prelacion que la dote, y la razon es, porque en ésta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse, y adquirir utilidad. (1) Lo qual se entiende, à menos que se dén por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal, (2) y gozarán del mismo privilegio de prelacion: aunque algunos fundados en una ley de Partida, que citaré al fin del num. 52. dicen que en todos casos gozan de él, pero no se estima su opinion. La muger puede demandar à su marido las arras que la ofreció, y éste no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso, y si se muere, y dexa hijos, mientras vivan éstos; excepto que se las dé apreciadas: (3) ò ella concurra al contrato de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de su marido, al modo que en la dote, (4) porque tocan à sus herederos *ex testamento*, *y ab intestato*, si no dispone expresamente de ellas, aun quando no tenga hijos del matrimonio en que se le prometieron: y à su responsabilidad están tácitamente afectos, è hipotecados los bienes del marido en qualquier parte que se hallen; (5) lo qual se entiende si en la oferta no se pactó otra

(1) Leyes Ubi adhuc 29. Cod. de Jure dot. y Asiduis 12. §. Hæc autem 2. Cod. Qui potior in pignore hab. Gom. en la ley 50. de Toro num. 41. y 78.

(2) Auth. de Æqualitat. dot. collat. 8. tit. 9 novel. 97. cap. 2. Cur. Philip. Comer. ter. cap. 12. verb. Prelacion. num. 32.

(3) Leyes 4. tit. 2. lib. 3 del Fuero Real, y 7. tit. 11. Partid. 4. Auth. Sive à mè Cod. ad Velleyan.

(4) Ley Jubemus 21. Cod. ad Velleyan. y cap. Cum contingat 28. de Jurejurand.

(5) Leyes 24. tit. 13. Partid. 5. y 51. de Toro, que es la 3. tit. 2. lib. 5. Recop.

otra cosa, como se puede, por ser donacion puramente graciosa.

33 Para la exaccion, y deduccion de las arras se ha de tener presente si el novio las dió, ù ofreció à la novia: si se las dió, è incorporó en su carta dotal, deben sacarse como bienes suyos juntamente con la dote del cuerpo del caudal antes que el capital del marido, porque son aumento de ellas; y si se las ofreció solamente, se han de deducir del caudal privativo de éste como deuda contra él, y no de los gananciales, por no ser debito contraido constante matrimonio, sino antes por el marido, pues de sacarse del cumulo de éstos se la perjudica en el importe de la mitad de las arras, porque se la aplican de su mitad de gananciales. Y si al tiempo de hacer la particion está casada la muger segunda vez, y el marido dexó hijos, se la ha de aplicar solamente el usufruto de ellas, porque su propiedad es de los hijos, y debe reservarsela, como queda expuesto en el capítulo I. §. XXIII. lo que se previene al Escribano por si se le ofrece hacer particion, y para su mayor instruccion vea el cap. 6. lib. 1. de mi segunda parte, en donde como en su propio lugar trato de esto con toda extension, distinguiendo de casos. En quanto à si el marido estará, ò no obligado à abonar à su muger íntegramente las arras que la ofreció quando fue engañado en la dote que ésta prometió llevar, vease dicho capítulo 6. num. 20. de mi segunda parte.

34 Disuelto el matrimonio, debe haber la muger, ò quien su accion, y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido, ò su estimacion, si fue apreciada, y las arras que la ofreció, sino la parte de gananciales que la toca, si al tiempo de casarse, ò despues no los renunció: y lo que por herencia, legado, donacion, ò en otra manera semejante adquirió constante él. Previniendo que si el que dió la dote, fue algun estraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se le habia de bolver,

y

y restituir, ù otra, debe observarse, (1) porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles, y honestas que quiera, al tiempo de hacerla, como en el num. 16. dexo expuesto.

35 Obligandose el marido à restituir la dote, ò su estimacion, está en su eleccion el bolver una, ù otra, y si hay desfalco en los bienes dotales, y no proviene de culpa suya, es de cuenta, y riesgo de su muger. (2) Si se pacta que ésta ha de elegir, debe restituir lo que elija, y no existiendo la cosa dotal, puede ser compelido à entregar su estimacion, y no cumple con dar otra de igual valor, y bondad; (3) y eligiendo la muger, ò sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores, à quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer excusion en los de éste. (4) Si se obliga à bolver la dote estimada, sin poner mas expresion, debe restituir su estimacion, porque por el mismo hecho es visto haber querido obligarse à ello; (5) y aunque la reciba estimada, si se pacta que disolviendose el matrimonio dentro de cierto tiempo, ha de entregarla en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple con bolverlas, y no debe ser apremiado à dar su precio. (6) De todo lo qual se prueba que segun se obligue el marido à la restitucion de la dote, quedará obligado; è infiere que si recibió los bienes muebles dotales estimados, y perecen despues por algun incendio, ò se mandan quemar por haber muerto etica su muger, à fin de evitar que el contagio inficione à otros,

(1) Leyes 26. 30. y 31. tit. 11. Partid. 4. ultim. Cod. Solut matrimon. y 1. y 2. tit. 9. lib. 5. Recop. Cap. Significavit. 2. de Donat. inter vir. & uxor. & ibi Barbos. num. 6. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 118.

(2) Leyes 18. tit. 11. Partid. 4. y Plerumque 10. §. Si res in dotem 6. ff. de Jure dot.

(3) Ley 19. tit. 11. Partid. 4.

(4) Gom. en la ley 53. de Toro num. 44. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 4. num. 9.

(5) Sr. Greg Lop. en la ley 18. tit. 11. Partid. 4. glos. 1. 2. y 7.

(6) Ley Si inter virum, & uxorem 21. Cod. de Jure dot.

otros, estará obligado à restituir su estimacion, pero no, si los recibió sin apreciar: y la razon es, porque de lo primero se le transfiere su dominio, y es de su cuenta, y riesgo el daño, ò aumento que tengan, y de lo segundo toca à su muger, como queda sentado en los num. 8. y 9,

36 Pero si mejoró los bienes dotales que se le entregaron sin apreciar, puede repetir, y descontar las expensas utiles, y necesarias hechas en ellos, de suerte que consistiendo la dote en especie, y cantidad juntamente, las hechas en la alhaja, ò especie, disminuyen la dote en cantidad, y asi restituirá la alhaja, ò alhajas íntegras, y de la cantidad solo el exceso al importe de las expensas, si lo hubiere; y consistiendo solamente en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio, y utilidad, (lo qual entiendo à mas de los frutos que los bienes dotales produxeron constante matrimonio, pues los hace suyos el marido para ayuda à superar sus cargas, y no deben descontarsele;) pero no puede pretender las expensas voluntarias, ya sean hechas con beneplacito de su muger, ò sin él, porque estas adornan, y no mejoran, ni aumentan los bienes dotales, ni su valor. (1) Para la deduccion de estas expensas se ha de atender si hay, ò no gananciales: si los hay, han de sacarse de su total, porque como aumentos hechos durante el matrimonio, son comunicables à los conyuges: y si no los hay, se deben abonar al marido, aplicandole el residuo (despues de deducido el importe de la dote, y arras,) para el cumplimiento del haber que llevó al matrimonio, pues aunque sean aumentos hechos constante él, nada toca à su muger, ni à sus herederos, por-

(1) Leyes fin. tit. 11. Partid. 4. 1. ff. de Impens. in reb. dotalib. fact. y unic. Cod de Rei uxoriæ act. Gomez en la ley 50. de Toro, num. 51. Garcia de Expens. cap. 13. Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. capit. 16. Señor Olea de Ces. ju.. tit. 5. quæst. 12. num 27. Sr. Covarrub. Pract. cap. 28. num. 5.

porque se conoce que los suplió de su capital, (del qual debe ser reintegrado antes que se separen los gananciales) y que están embebidos, y empleados en beneficio de las alhajas dotales, por cuya razon puede retenerlas hasta hacerse pago. En la misma forma se hará la deduccion de las expensas hechas en cobrar, y recuperar los creditos, y fincas dotales, ò en defender los pleytos que se muevan sobre su propiedad, posesion, ò servidumbre.

37 Consistiendo la dote en bienes raices, debe el marido restituirlos incontinenti que el matrimonio se disuelva; pero si consiste en muebles, ò dinero, cumple con hacer su restitucion dentro de un año siguiente; à menos que tenga hijos menores, que entonces como legitimo administrador de sus bienes, ha de retenerlos hasta que sean capaces de gobernarse. Para la exaccion de la dote se ha de atender à la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no à la del domicilio del marido, y si los conyuges hicieron algun pacto antes, ò al tiempo de casarse no solo en quanto à la dote, y arras, sino à los gananciales, debe observarse, y no la costumbre. (1) Se previene que mientras no se entrega à la muger su dote, debe percibir alimentos, porque subsiste la compañia legal, de cuyo fondo se han de sacar hasta que llegue el caso de su extincion, y disolucion, y si los herederos del marido se resistieren à alimentarla, tendrán que pagarla los intereses correspondientes, ò entregarla su dote, estando ésta en su poder, y no en otros terminos, porque es carga anexa à ella misma; (2) sobre lo qual vease mi segunda parte lib. 1. cap. 6. §. 2. en donde lo trato con extension, y distincion de casos.

38 Pero si el marido es pobre, le han de dexar su muger, ò sus herederos con que alimentarse, y no deben

(2) Leyes 24. y penult. tit. 11. Partid. 4. y unic. §. Cum autem 7. Codic. de Rei uxoriæ act.

(2) Siguenza de Claus. lib. 2. cap. 11. § Dotes num. 151. y 152. Spino de Legat. sub condit. glos. 14. num. 105. y ley Si cum dotem 5. ff. Solut. matrimon.

ben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir, ni ser preso por esta causa, antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si à mejor fortuna viniere; (1) y aunque éste privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no se extingue, pues gozan tambien de él sus hijos, y padre. (2)

39 No prescribe la accion de repetir la dote hasta que el matrimonio se disuelve, y la razon es, porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras éste subsiste. Lo qual se entiende à menos que la muger viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio, y tácito consentimiento puede prescribir, y ser perjudicada; y lo mismo milita para con sus hijos, estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe. (3)

40 El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote segun se obliga, à mas de las costas que se causen en su exaccion, lo qual se prueba de la *ley* 86. *tit.* 18. *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra qualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal, (4) excepto en los censos, como diré con legal apoyo en el capítulo V. §. 2. num. 32.

41 Los contrayentes suelen imponerse pena convencional, (que se llama asi por ser de convenio de ellos, y con

(1) Leyes últim. tit. 11. Part. 4. Patronus 17. Non tantum 20. cum seq. ff. de Re judic y Máritum 12. cum seq. ff. Solut. matrim. Gonzalez lib. 3. Decretal. tit. 23 n. 11. Gomez en la ley 50. de Toro n. 49.

(2) Leyes Quia tale 13 Rei judicatæ 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. ff. Solut. matrim. y ultim. al fin tit. 11. Partid. 4. §. Item si de dote, Instit de act. Gutierrez de Juram. confirmat. part 1. cap. 27. Angelo, y Jason in § Item si de dote.

(3) Leyes 1. al fin. Cod. de Annal. except. y In rebus 30. Cod. de Jure dot. Auth. Nisi tricennale Cod. de Bon. matern. y ley 8. tit 29. Partid. 3. Señor Gregorio Lopez en ella, y Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. num. fin.

(4) Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 247. del Estilo.

con su placer) no solo en este contrato, sino en otros contra el que se resila de su cumplimiento, à cuya pena dan el nombre de *Arra*, que es lo mismo que señal, ò prenda, y diversa de las arras, ò donacion *propter nuptias*, de que queda hecha mencion. (1) Y para instruccion del Escribano digo que esta arra ya sea de dinero, ò de otra cosa mueble, ò raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la *ley* 84. *tit.* 18. *Partid.* 3. que dice:: *E porque este otorgamiento, è promision fuese mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, è otorgó à Juan Garcia el de susodicho por arras, è en nombre de arras, è otrosi como por peño tal viña, ò tal heredad, que es en tal lugar, è ha tales linderos, è desapoderóse de la tenencia de ella, è apoderó à él, è à tal pleyto que si su fija non le quisiese tomar por marido en la manera que sobredicho es, ò el non gela quisiese dar, que el señorio, è la posesion, è la tenencia de aquella viña, ò de aquella heredad sea, è finque en Juan Garcia, para facer della, è en ella todo lo que quisiere, bien asi como de lo suyo*:: O entregada.

42 Si los esposos de futuro, ù otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectúa el matrimonio, no por eso el que se retrate debe ser compelido à satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle à su solucion podrán resultar graves inconvenientes, como se prueba de la *ley* 39. *tit.* 11. *Partid.* 5. que dice:: *Onde decimos que si acaeciere que alguno dellos no quiera cumplir el casamiento, entonce aquel que fizo la promision por el que non lo quiere facer, nin cumplir, que non es tenudo de pechar la pena, è esto es, porque el casamiento non debe ser fecho por miedo de pena, mas por amor, è con consentimiento de amas las partes, asi como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que fabla de los casamientos.* Y si la entregan en la forma que expresa la ley inserta en el numero

(1) Ley 1. tit. 11. Partid. 4.

ro anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

43 Pero en los contratos de venta, transaccion, compromiso, y otros semejantes si los contrayentes estipulan *que el que resila, ha de pagar la pena tantas quantas veces infrinja el pacto, y que sin embargo pueda ser compulso à celebrar el contrato*, à todo queda obligado; (1) por lo que me parece util, y muy à proposito que quando ocurra instrumento con pena convencional, en que los Escribanos suelen poner esta cláusula:: *Y quieren que se exijan incontinenti al que se resiliere total, ò parcialmente de lo pactado en esta escritura, tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados sin mas sentencia, declaracion, ni conocimiento de causa tantas quantas veces lo infringiere sin remision, à cuya exaccion se ha de proceder executivamente como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo reciben, y à mas de esto se le compela à observar literal, y especificamente esta escritura, ya se pague ò no dicha pena, ò graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato*:: añadan la siguiente:: *Y para su mas puntual, è inviolable cumplimiento se conforman con lo dispuesto por las leyes* 34. *tit.* 11. *Partid.* 5. *y* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* y ordenada con este aditamento, se obviará qualquiera duda que pueda suscitarse sobre su inteligencia.

44 Si el que promete, y entrega la arra, es menor, no queda obligado à su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*, à menos que jure que por su menor edad, lesion, ni por otra causa no reclamará el contrato, ni pedirá la arra, ni relaxacion del juramento, pues en este caso queda obligado à su observancia, porque el juramento vigoriza, y hace válido el contrato que sin él no lo es, excepto que ceda en detrimen-

(1) Leyes 34. tit. 11. Partid. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

mento de tercero, ò sea contra ley, y buenas costumbres, ò en dispendio de la salud eterna, y surte los efectos de la cláusula: *rato manente pacto.* (1)

45 Las escrituras matrimoniales, ò que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres: una se llama: *Promesa de dote, y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote, y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ò sus padres le han de dar para ayuda à superar las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, y no hacer para cada cosa una escritura, otorgan ésta, en la qual suelen intervenir los Padres, Tios, ò Curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo, ò sus padres hacen à la esposa, (de cuya extension trata la *ley* 87. *tit.* 18. *Partid.* 3.) en qué especies han de llevar los contrayentes su dote, y capital: quándo se han de casar: qué ha de dar el novio à la novia cada año por razon, ò con título de alfileres, ò gastos de cámara, (que es para vestirse, y otras urgencias, y adornos mugeriles) de lo que ha de poder disponer libre, y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiera tambien, y no reputarse jamás superlucrado en el matrimonio, ni incluirse en el inventario que se execute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia, y entenderse que los ha reservado para sí privativa, y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio, ò marido; lo qual se estila pactar entre Grandes, Títulos, y otros Proceres, y se observa el pacto nupcial, por-

(1) Leyes 28. al fin, tit. 11. Partid. 5. 16. tit. 11. Partid. 3. y 6. tit. 19. Partid. 6. y Regla Non est obligatorium, de Reg. jur. in 6. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 60. num. 1. y Canon. quæst. tract. de Matrim. cap. 17. Sr. Salg. Labir. cred. part. 3. cap. 1. n. 120. 143. y 164.

porque todo se estima como alimentos que el marido dá à su muger, por lo que hace suyo por el pacto lo que del importe que se la consigna, ahorra, y no toca à la sociedad conyugal: y asimismo estipulan quanta viudedad anual ha de gozar la novia por muerte de su marido de sus mayorazgos, y que para ello sacará, ù obtendrá éste la competente facultad de tal dentro de cierto término, y no lo haciendo, se la dá poder en la capitulacion para que ella la obtenga: y otras cosas; y si quieren, se imponen pena convencional contra el que se retratare de lo estipulado, y despues que se casan, ò el dia antes otorgan las respectivas escrituras de dote, y capital con referencia, è insercion de la de capitulaciones como deben, porque éstas no lo son, ni por ellas se califica lo que entraron en su matrimonio, sino solamente la promesa de lo que ha de ser.

46 Otra es la promesa que el padre hace à alguno de darle su hija para muger propia, y para la validacion de esta promesa es preciso que concurra el unanime consentimiento de ambos contrayentes, porque si falta, de nada sirve el de sus padres, y aunque sin el de estos celebren matrimonio, no dexará de ser válido, segun lo resuelve el Santo Concilio de Trento en la *Ses.* 24. *cap.* 1. *de Reformat. matrim.* ibi:: *Et proinde jure damnandi sint illi, ut eos Sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera, ac rata esse negant, quique falso affirmant matrimonia à filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, & parentes ea rata, vel irrita facere posse; nihilominus Sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit*, bien que hoy deberá intervenir segun la ultima Real Pragmatica, para que no los puedan exheredar, si el matrimonio es en perjuicio del Estado, ò en desdoro de la familia. Y del modo de estender la escritura trata la *ley* 84. *tit.* 18. *Partid.* 3. pero rara vez se ofrece, ni hace separada, antes bien se evacua su contexto en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote, y capital.

47 Otra se llama: *Consentimiento de ambos contrayen-*

tes en casarse : cuya extension trae la *ley* 35. *tit.* 18. *Partid.* 3. pero no se estila esta escritura, porque hoy se celebra el matrimonio paladinamente ante el Parroco, y testigos segun la disposicion del Concilio en la citada Ses. y cap. y lo que suele hacerse, es : darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mutua de casarse: ofrecerse, ò entregarse arra en señal del matrimonio, y pactar que han de celebrarlo con arreglo à lo prevenido por nuestra Santa Madre la Iglesia; pues si falta este requisito, incurrirán en las penas que la *ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.* impone à los que clandestinamente lo contraen, y dexo expresadas en el cap. I. §. XVI. n. 186. por cuya palabra mutuamente dada, y aceptada contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse sin previo consentimiento del otro contrayente; de cuyos esponsales, ò palabra de casamiento, y su apartamiento estenderé las correspondientes escrituras. Y se previene que si son hijos de familia, ò menores, han de pedir, y debe intervenir el consentimiento de sus padres, Tios, ò Curadores con arreglo à la Pragmatica de 23. de Marzo 1776. y Cédula de 18. de Septiembre de 1788. declaratoria de ella; cuyo consentimiento, y licencia pueden concederles ante Escribano sin necesidad de acudir à la Justicia, por medio de un instrumento, que otorguen, ò simplemente sin intervencion de Escribano, ni Notario; y sin que preceda dicho consentimiento, ò licencia, ò el de la Justicia por renuencia de los que deben prestarlo, no deben admitirse los esponsales de los hijos de familia menores, para evitar de esta suerte los graves daños que por su inconsideracion, y falta de experiencia, y reflexion se ocasionan, y los desaciertos que hacen.

48 Otra es la carta de pago, y recibo que el esposo estando proximo el dia del matrimonio, ò despues de contraido, otorga à favor de su esposa de los bienes que trae à su poder para ayuda à superar las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente precediendo, ò no capitulaciones, ò apremiado por el Juez en caso de querer recibir-

birlos, y resistirse à su otorgamiento, pues al modo que si no quiere recibir la dote, ò parte de ella, nadie le puede precisar à ello: del mismo modo recibiendola, se le puede estrechar à dar resguardo de lo que se le entrega. Previniendo que asi como el novio debe especificar las deudas que tiene quando se casa, si vive sobre sí sin estár sujeto à Padre, Tutor, ni Curador, segun diré en el num. siguiente: del mismo modo debe hacerlo la novia en igual caso, y circunstancias, pues lo que importen, es menos dote, y de omitirlo se perjudica al novio. De esta escritura trata la *ley* 86. *tit.* 18. *Partid.* 3. y como regular, y comun en la práctica la estenderé para instruccion del Escribano.

49 Y la otra es el capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio, cuya escritura formaliza à su favor su muger por sí sola, ò con concurrencia de sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que quando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó à él: qué aumentos, ò menoscabos hay, y lo que legitimamente les toca: pues de no hacerlo, se contemplarán todos excepto la dote, por gananciales, y si la muger muere antes, será perjudicado su marido, y muriendo despues, sus hijos, ò tendrán que justificar por otro medio lo que entró al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes, ò despues de casarse, si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque no está bajo de su dominio, y no puede violentarla. Si lo otorga despues, no necesita licencia de su marido, porque por el propio hecho de formalizarlo à su favor es visto darsela; y es mejor que lo otorgue despues, porque si lo otorga antes, y está en su casa, ò en la de sus padres, ò de otro, no puede saber, ni declarar si el marido futuro tiene, ò no aquellos bienes; y despues de casada como que ya los ha visto, sí. Y si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella se obligó, ò en la carta dotal à otorgar despues de casada

el

el capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, respecto formalizarlo en cumplimiento de la obligacion contraida entonces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y asi no es del caso el juramento. No ha de obligarse la muger à restituir al marido su importe, (como algunos ignorantes lo ponen, confundiendo un instrumento con otro, sin distinguir los fines, efectos, y naturaleza de cada uno) porque no los recibe, ni se la entregan, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los suyos, ni tiene potestad para manejarlos, usar, y disponer de ellos sin el marital permiso, ya sean, ò no estimados, y por lo mismo no puede ser compelida à responder de lo que no recibe; por lo que se obligará unicamente à tenerlos por caudal de su marido, y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deducidas previamente su dote, arras, y demás que ella herede, ò la donen constante matrimonio, à fin de que el residuo se estime por lucrado, y adquirido durante éste, y de lo que corresponda al marido se la satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la decima. Concurrirá tambien el marido à esta escritura: declarará con juramento (en caso de vivir sobre sí sin sujecion à Padre, Tutor, ni Curador) si aquellos bienes son, ò no suyos: qué cargas tienen los raices, y demás que admiten gravamen: à quánto ascienden, y que no están sujetos à otra: y asimismo si tiene algunas deudas contra sí, y su importe, y que no tiene mas: y teniendolas, se obligará à declarar, y dexar apuntado lo que gaste en la cobranza de las que tenga à su favor, para evitar perjuicios à su muger, ò herederos en caso de que no haya mas gananciales, ò aunque los haya, pues la mitad de las expensas la tocan, y deben aplicarsela, y deducirse del capital del marido, que à no haberlas hecho en la cobranza de sus creditos, estarian existentes, y la tocaria su mitad. Y si es viudo con hijos, debe hacer descripcion antes de bolverse à casar, de los bienes que existan en su poder pertenecientes à estos, obli-

obligandose à restituirselos en los terminos que explicaré en el capítulo I. num. 98. lib. 1. de mi segunda parte adicionada, para que no sean perjudicados en su legitima materna.

§. II.

DEL PRIVILEGIO DE LA DOTE.

50 DExo sentado con legal apoyo, que los bienes del marido están tácitamente hipotecados à la responsabilidad de la dote, arras, y bienes parafernales de su muger: (cuyo privilegio, y otros se concedieron à las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio, y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion, y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion, y aumento de sus bienes, y otras, (1) y porque no estén indotadas, pues conviene à la Republica que se casen, para que el Estado se propague, (2) y sino tienen dote, no hallarán quien las quiera;) paso à explicar en qué casos será, ò no privilegiada la muger casada por su dote à otros acreedores de su marido: y para instruccion del Escribano digo que siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior, ò posterior al matrimonio en que el Escribano da fe de ella, ò por otro medio legal en que no interviene fraude, ni dolo, (pues no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal) será preferida por la hi-

(1) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potior. in pignor. hab. Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5.

(2) Leyes 1. ff. Solut. matrim. y 2. ff. de Jure dot.

hipoteca tácita à todos los acreedores anteriores que la tengan, y à los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al Fisco; pues sin embargo de que ésta, y la dote corren parejas en el privilegio, el del Fisco se entiende, quando es anterior en tiempo; mas no, dudandose de la anterioridad, ò siendo iguales, porque entonces prefiere la dote, excepto que el Fisco esté aposesionado de los bienes del deudor; y el de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los dotales, ya sea ésta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectúe, y sirvan de ayuda los bienes para superar sus cargas: ò posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró; por lo que si la muger, ù otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga éste sus bienes à otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior à la promesa dotal, y se retrotraerá la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró, (1) y algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio; y asi la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fé de entrega, porque como las capitulaciones preceden à la boda, y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar, y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificandose el matrimonio, y la tradicion real. Tambien será preferida à los acreedores posteriores simples sin qualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiem-

(1) Leyes 33. tit. 13. Partid. 5. Licet 7. Cod. Qui potior in pignor. hab. 2. Cod. de Privileg. Fisci. Dotis Cod. de Jure dot. y In ambiguis, ff. de Reg. jur. Boler. tit. 5. q. 15. num. 8. y 9. Gom. en la ley 50. de Toro, num. 40. Gutier. de Juram. Confirm. part. 1. cap. 46. num. 10. versic. Hipotheca autem: Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion num. 30. y 31.

tiempo, y goza además del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ò expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ò expresa especial sin privilegio en una, ò mas fincas de él, (1) porque quando el acreedor segundo llega à adquirir la hipoteca especial, ya se hallan sujetas la finca, ò fincas por la general anterior à la responsabilidad de la dote, y asi debe ser pagada primero esta.

51 Mas no será preferida la muger à los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial, ò general en sus bienes: ni la segunda à la primera, porque ésta es anterior en tiempo; pero esto se limita en quanto à los bienes dotales de aquella que existen, y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, porque como ambas dotes son de igual privilegio, y naturaleza, y los bienes de la muger segunda no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni ésta trata de adquirir nuevo dominio en ellos, sino de recuperarlo, buelve por lo mismo à ella, y es preferida en ellos à la primera; (2) y asi no se darán à ésta en pago de su dote, como el vulgo ignorante tiene creido; pero si no son conocidos, será satisfecha antes que la segunda, porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse, ni conocerse, se contemplan todos propios de éste, por habersele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus creditos por su orden, y graduacion sus acreedores, y el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho, (3) cesando el privilegio de prelacion.

52 Tampoco será preferida la muger al acreedor poste-

(1) Leyes Qui generaliter 2. y Porior 11. al principio, y §. Si colonus ff: y Si decreto 2. y Si generaliter 6. Cod. Qui potiores in pignor. habeant.

(2) Leyes 33 tit. 13. Partid. 5. In rebus 30. Cod. de Jure dot. y Uxor. marito, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Gom. en la ley 50. de Toro n. 42. y sig. Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7.

(3) Regla Qui potior, de Reg. jur. in 6. y ley 27. tit. 13. Part. 5.

terior que prestó dinero à su marido para comprar alguna finca, ò alhaja determinada, si la hipotecó especialmente à su responsabilidad, y no de otra suerte, pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la especial, y expresa hipoteca; (1) y es la razon, porque la hipoteca que dimana del acto, es preferida como especial à todas las generales, y aunque el acreedor es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, no lo es segun la obligacion, è hipoteca, pues quando el marido llega à adquirir el dominio, y hacerse dueño de la alhaja, y ésta empieza à ser obligada generalmente à la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial, y anterior en ella, (que es preferida à la general) en virtud del pacto con que se liga, y es lo mismo que si la alhaja hipotecada fuera su propio dinero, el qual no debe responder de la dote de la muger de su deudor, por no estár obligado à ello, y ser anterior; pero si presta el dinero para reparar nave, casa, ù otro edificio, ò pagar su alquiler, ò el del almacen en que estubiere la cosa, ò conducirla de una parte à otra, ò satisfacer à los oficiales su trabajo, ò alimentar à los sirvientes, ò al ganado, ò para otro beneficio suyo, será preferido à todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no à la dote, arras, ni Fisco, à menos que sean posteriores; (2) y si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar antes que la muger, ni otro alguno cobren sus creditos, por ser preferido el suyo à todos los que el marido contrajo en su vida: (3) de lo qual, y de otros acreedores trataré mas latamente en el juicio de concurso lib. y cap. 3. de mi se-

(1) Leyes 27. y 30. tit 13. Partid. 5. y Licet 7. Cod. Qui potior in pignor. hab. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 28. Señor Salg. Labir. cred. part. 1. cap. 43. num. 34. Cur. Philip. comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. num. 16.

(2) Leyes 26. al fin 27. 28. y 29. tit. 13. Partid 5. Cur. Philip. comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 25. y cap. 3. verb. Hipotheca n. 33. y 34.

(3) Ley 30. al fin, tit. 13. Partid. 5. Gom. en la ley 30. de Toro num. 2.

segunda parte, adonde como à su propio lugar remito al lector.

53 El privilegio de prelacion que compete à la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia, y perjuicio de los acreedores anteriores de este que tienen hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general, ò especial expresa, se transfiere à sus hijos, y herederos legitimos para su repeticion, y cobranza, mas no à los estraños, pues el que pasa unicamente à éstos, es el de la tácita hipoteca como remedio subsidiario concedido al contrato dotal, y no à la persona, porque aquel es personal, y éste real: (1) al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su Tutor. (2)

54 Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion, y entrega, no gozará del privilegio dotal, y asi perjudicará totalmente al marido, y à sus herederos estraños su confesion, mas no à sus acreedores: y à sus ascendientes, y descendientes legitimos solo en el tercio, ò quinto: padecerá los vicios de dote confesada, y no recibida: se estimará por donacion entre marido, y muger hecha constante matrimonio, que por derecho está reprobada: y aun se presumirá que el marido la costituyó de sus propios bienes por beneficiar à su muger, y defraudar à sus acreedores, y herederos forzosos, y que ésta nada llevó al matrimonio. Lo qual procede, y se entiende, aunque su confesion sea jurada, porque el juramento asertorio, que recae sobre actos pasados, no los confirma, ni vigoriza, sí solo el promisorio de futuro de observar, y no contravenir à algun pacto que se haga, ò contrato, que se

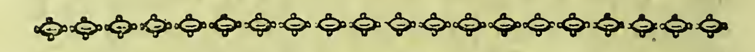
(1) Leyes unic. Cod. y Dabimus, ff de Privileg. dot. y 13. §. 3. ff. de Fundo dotali. § Fuerat 29. Institut. de Act. Cur. Philip. comer. terr. cap 12. verb. Prelacion num. 34. Sr. Gregor. Lop. en la ley 33. tit. 13. Partid. 5. glos. 6. y 7. Gom. en la 50. de Toro num. 45.

(2) Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 16. Gonzalez lib. 5. Decretal. tit. 23. cap. 9. num. 3. y 4.

se celebre ; (1) por lo que es muy util à la muger que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fé de entrega antes de casarse, para ser preferida à los acreedores de su marido. Se previene que por los demás bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion. (2)

§. FINAL.

ESCRITURAS CORRESPONDIENTES à este Capitulo.



CARTA DE PAGO, Y RECIBO DE DOTE.

55 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Albaro de Medina de estado soltero, mayor que expresó ser de veinte y cinco años, y que por sí propio se gobierna, natural de esta Villa, è hijo legitimo de legitimo matrimonio de Pedro de Medina, y de Ana Lopez difuntos, vecinos, y naturales que fueron tambien de ella: dixo que à honra, y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Rosa Crespo del mismo estado, y naturaleza, è hija legitima de legitimo matrimonio de Juan Crespo, y de Gabriela Diaz asimismo difuntos,

(1) Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Carlev. de Judic. tit. 3. disput. 34 Gom en la ley 50 de Toro, num. 37. y sig Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3 y 15. Begnudel. Biblioth. verb. Debitor, & creditor, num 127. y sig. Cur. Philip. lib. 2. cap. 12. verb. Prelacion, num. 38.

(2) Ley Proculus, ff. de Jure dot. Cur. Philip. cap. cit. num. 32.

tos, vecinos, y naturales que igualmente fueron de ella, (à cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el Santo Concilio de Trento) y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes muebles, y dinero, y entregarlos al otorgante por dote, y caudal suyo propio para ayuda à superar las cargas matrimoniales, con tal que formalice à su favor la correspondiente escritura, à lo que condescendió; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote, y caudal suyo propio los bienes siguientes.

AQUI SE PONEN LOS BIENES por clases, partidas, y precios con señales individuales, y prosigue la Escritura.

Importan à una suma los bienes, y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellon, (salvo error de pluma, ò suma) de los quales el otorgante se dá por contento, y entregado à su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa à mi presencia, y de los testigos que se nominarán, de que doy fé, y como real, y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza à su favor el resguardo mas firme, y eficáz que à su seguridad conduzca; y declara que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion, ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea en poca, ò mucha suma, hace à favor de su futura esposa gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos con insinuacion, y demás estabilidades legales, y congruentes, y à mayor abundamiento aprueba, y ratifica la citada tasacion, y se obli-

ga à no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato, à cuyo fin renuncia la *ley* 16. *tit.* 11. *Partid.* 4. que dice: *que si el que dá, ò recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en qualqaier cantidad que sea, aunque no llegue, ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas*, y las demás leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufraguen. Y en atencion à la virtud, honestidad, y loables prendas de que está exornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* segun mas util la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la decima parte de los bienes libres que al presente posee, y por si no tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados, y efectivos que adquiera en lo succesivo à su eleccion: y unida dicha cantidad à la dotal, asciende su total suma à tantos mil reales de la propia especie, los quales se obliga à restituir, y entregar en dinero efectivo à su futura esposa, ò à quien su accion tenga, incontinenti que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y à ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien à la solucion de las costas que en su exaccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo qual renuncia la ley penultima de dicho título, y Partida, y el término annual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual, y exactamente, se obliga igualmente no solo à no disipar, gravar, hipotecar, ni sujetar à sus deudas, crimenes, ni excesos el importe de esta dote, y arras, sino antes bien à tenerlo pronto para su restitucion, y que en todo evento goce del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros; dá amplio poder à los señores Jueces de esta Villa para que à ello le compe-

pélan como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe; renuncia todas las leyes, fueros, y privilegios de su favor; y asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

NOTA.

La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la qual puse la obligacion de restituir su importe, y no los bienes, porque como se transfiere su dominio al marido, y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y à ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula: *Y en el caso de que haya algunos existentes al tiempo de la disolucion del matrimonio, si no pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales, ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido, y por los consumidos su valor en otros equivalentes à justa tasacion, segun los ha recibido para que no sea perjudicada en su dotal haber.* Cuya cláusula es justa; bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger, ò su heredero derecho prelativo à los que llevó, y existen, porque por la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dexo expuesto en el num 51; y aunque la es mas conveniente que la cláusula se ordene segun lo queda en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen, y entreguen apreciados al marido con estimacion que cause venta: es mas gravoso à éste recibirlos estimados, especialmente si son animales, ò muebles que se deterioran, ò consumen con el tiempo, y uso, como lo dice la *ley* 10. *ff. de Jure dot.* ibi::: *Plerumque interest viri res non esse æstimatas, id circo ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur; eveniet enim si æstimata sint, & ea mulier adtrivit, ut nihilominus mari-*

 tus

tus æstimationem eorum præstet : quotiens igitur non æstimatæ res in dotem dantur , & meliores , & deteriores mulieri fiunt. Y obligarse à restituir en dinero lo que no se le entrega en él , ni en plata , ni oro por su intrinseco valor , es muy duro , y gravoso al marido , asi por no haberlo recibido en estas especies , como porque en venta nunca dan por los muebles ni con mucho el importe de su valuacion , al modo que es muy equitativo , y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes à justa tasacion , segun se le entregaron , pues no se pone de peor condicion su muger , ni se la irroga detrimento ; y asi aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles , excepto que el novio lo quiera , sino en otros equivalentes à justa tasacion. Pero si fueren raices , ò alhajas preciosas , ù otras que no se consumen con el tiempo , y uso como los vestidos , se pondrá la cláusula de que *se obliga à volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega , y en caso que por su culpa , ù omision padezcan algun detrimento, à resarcirlo en dinero , probado que sea , y no en otros terminos.* Y de esta suerte se evitan muchos pleytos , y perjuicios al marido , y à sus herederos , pues pueden restituir las mismas alhajas , mediante no transferirsele el dominio de ellas ; y si en la valuacion hubo agravio , reclamarlo al tiempo de su restitucion , especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones , al modo que siempre que en qualquier cuenta haya error , debe deshacerse , sobre lo qual vease à *Bas. theat.. jur. part.* 1. *cap.* 60. *num.* 101. y à los que cita. Y se previene al Escribano que si la novia es hija de familia : tiene mas hermanos: y además de la dote que sus padres la dán , lleva algunos bienes heredados de otra parte , ò regalados por el novio ; ò por otras personas , deben ponerse en la escritura dotal con separacion , y distincion , y expresarse en ella su importe , y de qué proviene , para que por muerte de sus padres no tenga què colacionarlos todos , como si provinieran de su substancia , ni sea por esta razon per-

ju-

judicada: y advertirse que por muerte de éstos colacionará el de los que la dén en cuenta de su legitima, y no los demás, pues de faltar esta claridad, resultarán pleytos à que no debe dar lugar.

CARTA DE DOTE CONFESADA.

56 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Lorenzo del Rio (*aqui se pondrá su naturaleza, vecindad, y filiacion*) dixo que en tantos de tal mes, y año contraxo matrimonio *in facie Ecclesiæ* con Teresa Marin de estado doncella (*y aqui la naturaleza, y filiacion de ésta,*) la qual traxo à su poder por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes que entonces se valuaron, y ascendió su valor à tantos reales, y de ellos ofreció otorgar à su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad: y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones, y ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha = Otorga, y confiesa haber recibido real, y efectivamente de la referida su muger, y que ésta traxo por dote, y caudal suyo propio los bienes siguientes.

AQUI SE PONDRAN LOS BIENES *como en la escritura precedente.*

Importan à una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon (*salvo error*) de que el otorgante se dá por contento, y entregado à su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traido ésta à su

poder por dote, y caudal suyo propio al tiempo que contraxeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta, y efectiva, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia*, la *ley 9. del tit. 1. Partida 5*, que de ella trata, los dos años que prefine para la prueba de su recibo, que dá por pasados como si lo estubieran, y las demás leyes propicias, y otorga à favor de la precitada su muger el resguardo mas firme, y eficáz que à su seguridad conduzca; (*proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras, y entonces dirá*) y cumpliendo con la oferta que hizo à su muger de tantos reales por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion à su virtud, honestidad, y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario la hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces, y caben actualmente en la decima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna, &c. *proseguirá como la antecedente.*

NOTA.

Si la dote consiste en dinero, se nominará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente especificamente los que fueron, sino solo su importe; y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el Escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento, pero surtirá los efectos expresados en el num. 54.

DEL MODO DE ESTENDER *la Carta de Dote, y capital en virtud de apremio judicial.*

57 QUando el marido es omiso, ò no quiere otorgar la carta de dote à favor de su muger, puede compelerle à ello el Juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria, ò relacion de los bienes que llevó al matrimonio, y sus precios, haciendo expresion del dia, mes, y año en que lo contraxo: de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase à su favor carta de pago, y recibo de ellos: de que la prometió formalizarla luego que se casasen: de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase, no pudo conseguirlo: y de que está en descubierto, y expuesta à ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el Juez mande que baxo de juramento declare si es cierto llevó à su poder por dote, y caudal suyo quando se casó, los bienes contenidos en la memoria presentada: que entonces se valuaron, è importaron la misma cantidad: y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo, y no lo cumplió: y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno, ù otro medio, se le apremie à su otorgamiento. A esta pretension deferirá el Juez, y evacuada la declaracion, ò informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, è insertarán en ella, y en lo demás no se diferencia de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldias, y en el ultimo auto manda el

Juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el conducente testimonio à la letra para su resguardo, lo qual perjudicará al marido, y à sus herederos del mismo modo que si la otorgára. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio à dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, à fin de no ser damnificada; y este es uno de los diez casos que explicaré en el cap. IV. §. IV. num. 111. Lo mismo puede practicar el marido quando los padres de su muger no quieren concurrir con ésta al otorgamiento de su capital, pues con citacion de ellos puede autorizarla el Juez para su otorgamiento, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, y se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio su importe.

ESCRITURA DE ARRAS.

58 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Fernandez natural, y vecino de ella, de estado soltero, è hijo legitimo de &c. Dixo que está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legitima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo à la honestidad, virtud, y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion *propter nuptias*; y para que conste, y tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorga que promete en arras, y donacion *propter nuptias* à la expresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en

la

la decima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no cupieren, se los consigna en los que en lo succesivo adquiera à su eleccion, para que gocen del privilegio concedido à esta clase de donacion, ò del que la sea mas propicio, y util, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que éste se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga, y à sus herederos à satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, à cuyo fin los tendrá prontos para su entrega baxo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, à la qual, y à la satisfaccion de las costas, intereses, y daños que se originen en su exaccion à su futura esposa, ò à quien la represente, (cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba.) quiere ser apremiado por todo rigor legal. Asimismo se obliga à no revocar esta donacion, y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y al cumplimiento de éste obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones, &c.

NOTA.

Si el novio dá, ù ofrece en arras à la novia alhaja raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio, y demás señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella: y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de *Constituto* que estenderé en el cap. VII. num. 40. y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto de cumplimiento del contrato, como se prueba de la *ley* 87. *tit.* 18. *Partida* 3. que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras por aumento de dote, gozarán del privilegio de ésta; y pactando *que si la novia le premuere, ningun heredero suyo ha de tener derecho à ellas, ni poder demandarselas jamás, ni sus hijos aunque los dexe, y lleguen à tomar estado, pues so-*

solo la novia ha de poder exigirlas de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal, y privativo suyo; y para con sus herederos legitimos, y estraños ex testamento, y ab intestato entenderse nula, y como no hecha, si fallece antes que el novio: valdrá el pacto, y deberá observarse, como dexo expuesto al fin del num. 29. y no estará obligado à entregarlas, ni su importe à los herederos que ella instituya. Y lo mismo se observará con otro qualquiera permitido, y honesto que al tiempo de su oferta imponga, como todo donante lo puede imponer entonces.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

59 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Pedro, y Doña Juana de tal su muger, y Don Francisco su hijo, Don Diego, y Doña Elena la suya, y Doña Maria su hija de estado doncella todos naturales, y vecinos de esta Villa, y mayores de veinte y cinco años, y las referidas Doña Juana, y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la *ley 55. de Toro*, que pidieron à sus respectivos maridos, y éstos las concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fé: dixeron que mediante la Divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciados sus hijos contraygan matrimonio segun orden de nuestra Santa Madre la Iglesia Catolica Apostolica Romana, y determinado darles diferentes bienes à fin de que puedan superar las obligaciones de su estado: y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho cerciorados del que les compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorgan què pactan, y capitulan lo siguiente.

Que los mencionados Don Francisco, y Doña Maria se

se han de casar *in facie Ecclesiæ* tal dia (precedida la solemnidad que previene el Santo Concilio de Trento,) por palabras de presente que constituyen legitimo, y verdadero matrimonio, no resultando impedimento canonico, ù otro accidental porque se difiera: y à su tiempo velar, para lo qual los expresados Don Diego, y Doña Elena prometen al citado Don Francisco à su hija por esposa, y muger, y estos se dan mutuamente su fé, y palabra de futuro de casarse, à mi presencia, de que doy fé, y se obligan à no retratarse, ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion; y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que se resila de su cumplimiento, la satisfaga al otro, y pagada, ò no, ò graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor à celebrar el matrimonio, y satisfacer las costas, y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion defieren en su juramento, y se relevan de otra prueba; y mediante la licencia que los nominados Don Pedro, y Don Diego han dado à sus hijos para imponerse pena, satisfacerla, y las costas, y daños que se originen por su contravencion, y que estos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practíquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes à su exaccion, à cuyo fin se constituyen principales pagadores, y sujetan à su integra responsabilidad, y satisfaccion.

Que los prenotados Don Pedro, y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies en cuenta de sus legitimas, y los enunciados Don Diego, y Doña Elena à su hija Doña Maria tanta en dote con la misma calidad en dinero, y bienes muebles, una, y otra para ayuda à superar las cargas matrimoniales: cuyas cantidades, y bienes se obligan à entregarles para tal dia vispera de el en que se casen, y no haciendolo asi respectivamente, ninguno de sus hijos ha de ser compelido

à

à casarse; y si por algun accidente no pudiere ser efectiva su entrega, queda à eleccion de estos el cumplir, ò no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular como desde ahora anulan los esponsales contraidos.

El mencionado Don Francisco atendiendo à la honestidad, virtud, y loables prendas de que está naturalmente exornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofrece por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* segun mas util, y propicio la sea, si llegáre à efectuarse su matrimonio, tanta cantidad, que confiesa cabe en la decima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demás que adquiriere constante él, se la consigna à su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho à esta donacion.

Que ha de otorgar à favor de su futura esposa carta de pago, y recibo asi de los bienes que sus padres la ofrecieron en dote, y la entreguen, como de los demás que lleve à su poder, y la regalen otras qualesquiera personas, previniendolo con toda claridad, distincion, y separacion, para que si sobreviviere à sus padres, no esté obligada à traer à colacion, y particion con sus hermanos mas cantidad que la que la prometieron, y dieron de su propio caudal, y en ella reiterará la donacion que la dexa hecha, à todo lo qual se obliga en forma, como igualmente à formalizar à su favor escritura de aumento de dote (en el caso que sus padres mueran) de lo que por su fallecimiento la toque, à fin de que se sepa el importe de su legitimo haber, no sea perjudicada en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea reciprocamente igual, se obligan dichos Don Diego, y su hija à otorgar tambien à favor del enunciado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve à su matrimonio, y demás que herede por muerte de sus padres, ù otro motivo, à fin de que al tiempo de su disolucion se tengan, y estimen por suyos propios, se deduzcan antes que los gananciales, y des-

despues de la dote, arras, y demás que herede la expresada Doña Maria, y ninguno sea perjudicado en su haber legitimo; y si el mencionado Don Diego no concurriere à su otorgamiento, se tenga, y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial, ni extrajudicial, ni por esta causa dexe de obrar los efectos correspondientes, quando el matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego, y sus mugeres se obligan à no mejorar en el tercio de sus bienes por contrato entre vivos, ni en ultima disposicion à los demás sus hijos, ni alguno de ellos, y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga, y estime como no hecha, para lo qual se conforman con lo dispuesto por la ley 22. de Toro; previniendo que si les hicieren algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte de tercio, aunque en él se exprese, y mande lo contrario.

AQUI SE PONDRAN LAS DEMAS condiciones, que los otorgantes quisieren, y proseguirá la Escritura en la forma siguiente.

Con cuyas calidades, y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contexto obligan todos sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros; dan amplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que los compelan à él como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo reciben; renuncian todas las leyes, fueros, y derechos de su favor, para que jamás les aproveche su auxilio; y las nominadas Doña Juana, y Doña Elena renuncian la *ley* 61. *de Toro*, que dice: (*aqui se pondrá la cláusula, que estenderé en el capí-*

pítulo IV. §. IV. num. 117. *y omito por evitar duplicacion, y luego dirá:*) así lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

NOTA.

No puse en la escritura de capitulaciones precedente la solemnidad correspondiente à los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de veinte y cinco años, y que están bajo de la patria potestad, pues no es incompatible que lo sean, y lo estén; pero si fueren menores, no lo omitirá el Escribano, para lo qual vea los cap. IV. §. IV. num. 92. y 93. y 7. §. I. num. 49. y 50. en donde trato de ella. Notarán algunos que solo hice mencion especifica de la ley 61. de Toro, y omití la renunciacion de las demás civiles que los Escribanos acostumbran poner en los contratos de mugeres sin mas motivo que serlo; y para satisfacer à su reparo, les digo que quando la muger se obliga por su hecho propio, por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de veinte y cinco años capáz de contraer, porque no la favorece en este caso la disposicion del Emperador Justiniano, y Jurisconsulto Veleyano, ni otra civil, canonica, ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles, que citaré en dicho capítulo IV. §. IV. num. 105. excepto que haya dolo, violencia, ò miedo grave que cae en varon constante, pues justificado, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato; à mas de que por la dote que promete à su hija, y donacion que hace à su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes. *Si dotare* 12. *Cod. ad Senatus consultum Veleyanum*, *y* 8. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* y lo dexo explicado en el num. 26. interviniendo para ello si estubiere casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes

yes que no hay, ò no versan en el asunto, y solo será bueno hacer la renunciacion, quando se constituye fiadora, pero entonces ha de ser de la Partida que se lo prohibe; bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito, como mas latamente explicaré en el citado cap. IV. §. V. num. 125.

CARTA DE DOTE EN VIRTUD de capitulaciones matrimoniales.

60 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco de tal natural, y vecino de ella dixo que está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Doña Maria de tal, à cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el Santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes, y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en esta Villa à tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, por la qual se obligaron à entregar à dicha Doña Maria su hija tanta cantidad en dote, y el otorgante à formalizar à su favor la correspondiente carta de pago, y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une à ésta para documentarla, è insertar en sus traslados, y su literal tenor dice asi.

AQUI LA ESCRITURA de capitulaciones.

La escritura inserta concuerda con la que está en el protocolo de ésta, de que doy fé: y en conseqüencia de lo estipulado en ella, mediante aproximarse el dia del desposorio, y estár prontos los padres de la expresada Doña Ma-

Maria à cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete. = Otorga que recibe ahora en contado de Don Diego, y Doña Elena de tal padres de la enunciada Doña Maria por dote, y caudal propio de ésta, y en cuenta de sus legitimas los bienes siguientes.

AQUI LOS BIENES COMO EN la primera escritura dotal.

Importan à una suma los referidos bienes tantos mil reales de vellon, de que el otorgante se dá por entregado, por haberlos recibido real, y efectivamente en este acto de los nominados Don Diego, y Doña Elena à mi presencia, y de los testigos infraescriptos, de que doy fé, y como apoderado de ellos, formaliza à favor de su futura esposa, y de sus padres el resguardo mas eficáz, que à su seguridad conduzca, los dá por libres, è indemnes de su responsabilidad, por rota, nula, y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extincta la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto: y en su consecuencia declara que &c. (*aqui se pondrá la declaracion de no haber lesion, ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá:*) y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo à su futura esposa por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, que confiesa cabe en la decima parte de los bienes libres, que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo à lo pactado en la quinta condicion de la prenotada escritura, cuya cantidad la consigna en ellos, y en los que en lo succesivo adquiera, y unida à la dotal compone, y asciende su total suma à tantos reales, los que se obliga à restituir &c. *proseguirá como en la escritura primera de dote.*

NO-

NOTA.

En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres la dieron, por lo que no puse declaracion alguna; pero si llevare mas bienes por habérselos regalado sus parientes, ò estraños, como suele suceder, se han de expresar con toda claridad, distincion, y separacion, como dexo advertido en la nota puesta antes de la escritura de dote confesada, porque de omitirlo, si tiene hermanos, querrán obligarla à recibirlo todo en cuenta de sus legitimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, à lo que no está obligada segun la *ley* 6. *tit.* 15. *Partid.* 6. y la será dificil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de ésta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio, estandoles prohibido; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo à los interesados.

OTRA.

Supongo igualmente que la novia está bajo de la patria potestad; pero si estubiere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes à su marido, y éste se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo con confesion de él, y no con fé de entrega, pues es absurdo estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega, y dar fé de ello el Escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo que le prevengo para que no de fé falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fé de entrega se ha de dar solamente quando no los recibió, y no quando antes de otorgar el recibo, los tiene en su poder.

ESCRITURA DE CAPITAL.

61 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisca Lopez natural de ella, y muger de Pedro Rodriguez vecino de esta Villa dixo que en tantos de este mes contraxeron matrimonio *in facie Ecclesiæ*, y antes de contraerlo pactaron que la otorgante habia de formalizar à su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes, y efectos, que tenia, y llevó à él; y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete, de su libre, y espontanea voluntad. = Otorga, confiesa, y declara que el referido su marido traxo à su matrimonio, y tenia por caudal suyo propio los bienes siguientes.

AQUI SE PONDRAN LOS BIENES por clases, precios, y partidas como en las escrituras precedentes.

Importan los bienes expresados tantos mil reales de vellon (salvo error de pluma, ò suma) de que la otorgante se da por contenta, y satisfecha à su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierta, y efectiva su existencia, y haberlos traido su marido, y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos quando se casaron, renuncia la *ley* 9. *del tit.* 1. *Partid.* 5. que trata de la entrega, y recibo, los dos años que prefine para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traido, y otorga à favor de su marido el resguardo mas eficáz que à su seguridad conduzca (*aqui se pondrá*

la

la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal, pero no se ha de renunciar la ley 16. *del tit.* 11. *Partid.* 4. *porque habla de la dote, y no del capital del marido, y éste no goza del privilegio de aquella, y luego proseguirá en esta forma:*) y en su consecuencia se obliga à tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede, y adquiera por donacion, ù otro contrato lucrativo de algun pariente, ò estraño, deducido primero el importe de la dote, y arras de la otorgante, y demás, que por herencia, legado, donacion, ò cesion recaygan en ella, para que à ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber quando el matrimonio se disuelva, à lo que quiere ser compelida por todo rigor legal: y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios, y multiplicados, dá amplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que à todo la apremien como por sentencia &c. (*aqui se pondrá la cláusula guarentigia, sumision, y renunciacion de leyes, que dexo estendidas en la escritura de capitulaciones, y el juramento, que estenderé en el capitulo IV.* §. *IV. num.* 117. *previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento; y luego prosigue la escritura:*) y el enunciado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en solemne forma que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios; que no están afectos à responsabilidad alguna: y que &c. *Aqui tendrá presente el Escribano lo que expliqué al fin del n.* 49. *y lo pondrá segun ocurra el caso, y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas à su favor, es superfluo decir que declarará las que cobre, ò no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, y basta jurar que son suyos, y que no tiene deudas contra sí, ò expresar las que sean, y añadir que no tiene mas.*

NOTA.

Omití en esta escritura la licencia de marido à muger, que previene la ley 55. de Toro, porque por el mismo hecho de otorgarla à su favor, es visto darsela, y éste es uno de los casos en que no la necesita, como explicaré en el cap. IV. §. IV. num. 111. pero conviene poner el juramento, y declaracion del marido, ò novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y si se averigua, suelen ser muy pobres, por estár debiendo tanto, ò mas que lo que tienen, y por medio del juramento se apura la verdad, como sucedió en cierto capital que pasó ante mí, que habiendome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseia, y sus precios, cuya tasacion excedia de veinte mil reales, le dixe que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra sí; y aunque no le sentó bien esta proposicion, porque no queria que se descubriesen, se vió precisado à darme razon de ellas, y quedó reducido su haber à poco mas de tres mil reales, y si no hubiera usado de esta precaucion, sería perjudicada gravemente su muger; previniendo que no basta poner el juramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibirselo el Escribano en solemne forma. Mas si el hijo está bajo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado, ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para quando se case, ò herede, es nula la obligacion que constituya, como lo dice la *ley* 22. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* que insertaré en dicho capítulo, y §. num. 92. no es necesario su juramento, ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de éste en la escri-

critura con la cláusula de que *aunque el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exigirselo como donacion* propter nuptias *hecha por contrato oneroso que obliga al novio à disponer de su persona*: y si éste nada lleva, se dirá: *que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará à su entrega, disuelto el matrimonio*: (todo lo qual se entiende no pactando otra cosa,) cuya donacion, è instrumento debe hacerse antes de casarse para su estabilidad, y que si el novio muere antes, no se tenga por hecha constante matrimonio, que por derecho es nula, lo que tendrá presente el Escribano para evitar dudas, y pleytos. Y lo segundo, que si la novia es viuda, y tiene succesion legitima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida, y muerte, del quinto de sus bienes, del qual deberá enterrarla, y hacer sus exequias funerarias en caso que la sobreviva existiendo la succesion.

OTRA.

Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote, y capital bajo de un contexto, para evitar gastos à los interesados, hablando en la introducion los dos, siguiendo el marido solo con la recepcion de la dote, y obligacion à responder de ella: y luego su muger con el otorgamiento de el capital, y bolviendo à hablar los dos en la conclusion de el instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno à su cuplimiento. Y lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno, ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el Escribano, è interesados el hacerlo asi, ò separadamente cada instrumento.

AUMENTO DE DOTE.

62 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro, y Juana de tal su muger vecinos de ella dixeron que al tiempo que se casaron, traxo ésta por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes, que ascendieron à tanta cantidad, de que el otorgante formalizó à su favor el correspondiente resguardo en tal dia, mes, y año ante tal Escribano; y ahora con motivo del fallecimiento de Fulano su padre la tocaron por su legitima paterna tantos mil reales en tales especies, los que quiere entregar à su marido por aumento de dote, y que de ellos otorgue à su favor el correspondiente recibo, à fin de que no sea perjudicada, ni sus herederos en su legitimo haber; y para que tenga efecto, usando de la facultad, que la *ley* 1. *tit.* 11. *Partid.* 4. le confiere. = Otorgan la citada Juana que aumenta, y agrega à la dote que llevó à su matrimonio con las mismas calidades, y condiciones, y entrega à su marido, y éste que recibe ahora en contado por mas dote, y caudal de su muger tantos mil reales de vellon, que importan los bienes que heredó de su padre Francisco de tal, como aparece de las tasaciones, que hicieron peritos electos de conformidad por el otorgante, y demás coherederos en la forma siguiente.

AQUI SE PONDRAN LOS BIENES *como en la primera escritura dotal.*

Importan à una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon, de los quales el otorgante se da por entregado à su voluntad, por recibirlos en este acto de dicha su muger, de cuya entrega, y recibo doy fé, por haberse hecho à mi presencia, y de los testigos que se nominarán, por lo que otorga à su favor el mas firme, y eficáz resguardo que à su seguridad convenga, y declara &c. (*aqui se pondrá la declaracion de no haber lesion en la tasacion, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá asi.*) Y se obliga à bolver, y restituir à su muger, ò à quien la represente, los mencionados tantos mil reales al mismo tiempo que los que importó la dote, que quando se casaron traxo à su poder, siempre que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los casos prescriptos por derecho, cuya restitucion hará integramente en los bienes que existan, y por los deteriorados, y consumidos en otros equivalentes à justa tasacion, &c. (*aqui proseguirá como la escritura dotal, y ambos firmarán esta.*

NOTA.

Esta escritura rara vez suele hacerse, pues si la muger hereda, ò la donan algo constante matrimonio, lo recibe el marido, y si se le olvida declararlo, y no consta la donacion, ò herencia por instrumento que la acredite, la pierde, y se tiene por ganancial como lucrada mientras viven juntos, por lo que es conveniente que se otorgue, y que en la escritura primera dotal que el marido formaliza à favor de la muger al tiempo de casarse, y en la de capitulaciones si precedieron al matrimonio, se obligue à ello, y se prevenga, por si llega el

caso de heredar à sus padres, ò à otro, y de esta suerte no será perjudicada, porque muchas veces importan mas los bienes que hereda, y adquiere despues de casada, que lo que lleva al tiempo de casarse, y si es unica heredera, ò aunque no lo sea, sino se hace inventario judicial, ni particion, no podrá hacer constar lo que heredó mientras lo estubo.

ESCRITURA DE PALABRA de casamiento, ò esponsales de futuro.

63 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco, y Doña Juana de tal de estado soltera, mayores de veinte y cinco años, naturales, y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dixeron que para vincular, y radicar honesta, è indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos à que están expuestos, y las infaustas consecuencias que pueden resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio *in facie Ecclesiæ*, y por graves inconvenientes que les obstan efectuarlo al presente, ligarse con los esponsales de futuro, à fin de que ninguno pueda resilirse; y poniendolo en execucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre, y espontanea voluntad. = Otorgan que prometen, y se dan mutuamente su fé, y palabra de casarse por las de presente que constituyen legitimo, y verdadero matrimonio segun disposicion del Concilio de Trento, para tal dia de tal mes, y año, y que ninguno contraerá directa, ni indirecta, tácita, ni exprèsamente esponsales con persona alguna, sin que

que preceda licencia, y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas (*se expresarán las que sean*,) en señal, las que pasan à su poder reciprocamente, de que doy fé; y se obligan à no reclamar este contrato, y si lo hicieren, à mas de no ser oidos judicial, ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos à su observancia, como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo reciben, obligan à ello sus personas, y bienes, se someten à los Señores Jueces que de esta causa deben conocer conforme à derecho; renuncian todas las leyes, y fueros de su favor: y asi lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos, &c.

NOTA.

En esta escritura no puse pena contra el que se retrate, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la *ley* 39. *tit.* 11. *Partid.* 5. que dice: *que arrepintiendose alguno de los contrayentes, no esté obligado à pagar la pena.* Porque si se ponen, como el que ha de relajar el juramento, y conocer de los esponsales es el Juez Eclesiastico, à quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el penitente como perjuro, y compelido à la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resulten funestas consecuencias: por lo que no aconsejo al Escribano que los ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena, sino por mutuo amor, y consentimiento de los contrayentes, y el que se retrate, bastante tendrá que hacer, y le costará el eximirse de celebrarlo, aunque no se le ligue tanto, como la experiencia lo acredita. Previniendo que si los contrayentes fueren menores, ò hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento que preceptúa la Pragmatica de 23. de Marzo de 1776. al modo que para casarse la necesitan.

OTRA

OTRA.

Porque el enemigo comun anda solicito, y vigilante en sugerir medios de privarnos de la paz que Christo tanto amó, y exhortó à sus Discipulos, pues su salutacion era: *Pax vobiscum*, siempre que los encontraba, ò entraba en alguna casa; y si se introduce entre los casados, suelen vivir en continua guerra, y arrepentidos buscar arbitrios para separarse; y hallan Escribanos que rebosando perfidia, è ignorancia, tienen alientos para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo, y lo que es mas, para autorizarla, cuyo consejo es diametralmente opuesto à lo que nuestro Salvador mandó por estas palabras: *Quos ergo Deus conjunxit, homo non separet*, segun San Matheo *cap.* 19. *versic.* 6. y al precepto de la *ley* 3. *tit.* 2. *Partid.* 4. que conformandose con el de nuestro Redentor, dice: *que nunca se deben partir en vida, è pues Dios los ayuntó, non es derecho que ome los departa*: del Concilio Tridentino *Ses.* 24. *Can.* 8. de San Pablo *ad Ephesios* 5. y de otros textos que omito: Prevengo al Escribano que los casados no pueden, ni deben separarse perpetua, ni temporalmente por escritura, ni sentencia de Juez lego, y que para que puedan, es preciso que intervenga la del Eclesiastico con previo, y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los *tit.* 1. *y* 2. *Partid.* 4. de los cap. *Porro* 3. *de Divortiis*: *Cum sis* 4. *Uxoratus* 8. *Ad Apostolicam* 13. *de Convers. Conjug.* y de otros que expresan las causas que anulan el matrimonio, y esponsales, y por quales se permite el divorcio: y que si tubiere arrojo para autorizar instrumento de esta naturaleza, es acreedor à una correcion severa, sin que le sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no debe hacer lo que es contra derecho, y buenas costumbres aunque lo quieran; pero si contraxeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos, y de la accion que en su virtud les compete, sin intervencion del Juez,

ni

ni de otro, porque los esponsales dependen del libre asenso, ó disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse, y remitirse uno à otro reciprocamente el derecho que tienen para compelerse à la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble como por éste, ni verificarse la union de Christo con la naturaleza humana.

ESCRITURA DE APARTAMIENTO, y disolucion de esponsales.

64 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribauo, y testigos Francisco, y Francisca de tal vecinos de ella dixeron que en tal dia, mes, y año contraxeron esponsales de futuro, y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesiæ*, y para su corroboracion se entregaron tales alhajas, (se expresarán las que sean,) obligandose à que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito de el otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos: para que tenga efecto, en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados de el que les compete: de su libre, y espontanea voluntad. = Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos, y de ningun valor, ni efecto, como sino los hubieran contraido, y los otorgantes reciprocamente uno al otro por libres, è indemnes entera, y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas; se dexan en plena libertad, y confieren el mas eficáz, è irrevocable poder que necesiten, para que cada uno use de ella, y se case, ò elija otro estado à su arbitrio sin licencia, intervencion, ni consentimiento de el otro, del mismo modo que antes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamás hubiera habido tales esponsales, à cuyo fin se desisten, y separan de to-

das

das las acciones que para impedirselo les competian, las que dan por extinctas, fenecidas, y acabadas: se debuelven las referidas alhajas: y suplican à los Señores Jueces competentes los hayan por apartados, y libres enteramente para disponer de sus personas segun les convenga. Y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta ✠ se obligan à que jamás se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total, ni parcialmente, y si lo hicieren, quieren que à mas de no oirseles en juicio, ni fuera de él, se les compela à su observancia, y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos, y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato. Y al cumplimiento de este obligan sus personas, y bienes muebles, raices &c. proseguirá como la anterior.

NOTA.

En esta escritura, y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes; y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno por no existir ambos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero, lo otorgará con la expresa calidad, y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros terminos, porque de no prevenirse asi, puede aquel quedar ligado, y éste en libertad, lo qual no es justo.

LICENCIA DE PADRE A HIJO para casarse.

65 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos Don Pedro de Meneses vecino de ella dixo que Don Juan de Meneses su hijo menor de veinte y cinco años, procreado en su matrimonio con Doña Getrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios de estado soltera, hija de &c. y para poder practicarlo, y que en el Tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia, y consentimiento que previenen la Real Pragmatica de 23. de Marzo de 1776. y Cédula declaratoria de ella de 18. de Septiembre de 1788. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad, y demás apreciables que para efectuar esta alianza y enlace, se requieren: en la via, y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que dá, y concede amplia licencencia, y facultad al mencionado Don Juan de Meneses su hijo para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra santa madre la Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, à cuyo efecto de su libre, y espontanea voluntad para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento, y beneplacito, el que se obliga en legal forma à no revocar, ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio, ni fuera de él, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades; y à fin de que à haberlo por firme se le compela, dá poder à los Señores Jueces que de esta causa deben conocer: renuncia las leyes de su favor: y asi lo otorga, y firma à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano residentes en esta Villa.

NOTA.

Los hijos de Títulos de Castilla necesitan à mas del consentimiento de sus padres, ò personas que deben darselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes ésta, y dar cuenta antes à la Real Persona; y si son Militares, del Consejo de Guerra tambien; por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores, ò personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que no debe haberlo respecto à que se han de presentar, y hacer constar al Juez Eclesiastico, y asi nada importa, aunque se omita su relacion.

OTRA SOBRE EL PAPEL SELLADO.

Los protocolos de todas las escrituras referidas en este capítulo, se han de estender en papel del sello quarto. Las copias de las ocho primeras deben sacarse en el mismo papel, si su importe no llega à cien ducados, y si llega, ò excede de ellos hasta mil exclusive, en el del sello segundo; pero si son, ò pasan de mil ducados, en el del primero, y en el intermedio comun. Las de palabra de casamiento, apartamiento de esponsales, y licencia para casarse respecto no hablar la ley del papel que las corresponde, se darán en el del segundo, à menos que intervenga señal, ò arra que valga mil ducados, ò mas, que entonces se deben sacar en el del primero.

CA-



CAPITULO III.

DE DONACIONES.

SUMARIO.

§. I.

1 *QUé es donacion, y en qué se divide?*

2 al 4 *De quántas maneras es la donacion inter vivos, y qué efecto causa la propia, ò perfecta?*

5 6 *En qué convienen, y se diferencian la donacion* inter vivos, y causa mortis, *y la cesion, donacion, y el precario?*

7 *Quién puede donar, y cómo?*

8 9 *Qué donaciones están prohibidas: y à qué cantidad puede estenderse la limitada?*

10 *Se impugna la opinion de los que afirman que no es precisa la insinuacion, aunque exceda de dicha cantidad.*

11 *Se trata del valor de los quinientos maravedis de oro.*

12 13 *Qué donaciones no necesitan ser insinuadas: y quáles son nulas?*

14 15 *Quiénes no pueden hacer donacion?*

16 17 *Qué cosas puede el padre donar à su hijo, que está en su poder; y éste quáles, y à quién?*

18 *Por quántas causas gana el donatario la posesion de lo que se le dona?*

Pa-

19 *Para que el donante no pueda revocar la donacion hecha al ausente, qué se ha de hacer?*

20 *Quándo será, ò no válida la donacion otorgada entre los esposos de futuro?*

21 al 23 *Donacion que marido, y muger se hacen constante matrimonio, si podrá, ò no revocarse; y de qué cosas pueden hacersela?*

24 *Por qué causas puede el donante revocar la donacion* inter vivos *hecha al donatario; y si una vez revocada, hará suyos este los frutos percibidos de la cosa donada?*

25 *Se ordena la cláusula, para que no pueda ser revocada por ingratitud.*

26 *Se proponen las opiniones de los Autores sobre la inteligencia de la* ley 67. tit. 18. Partid. 3. *y se da cierto consejo al Escribano.*

27 *A quién compete la potestad de revocar la donacion por ingratitud, y por inoficiosidad?*

28 *Quándo se entenderá revocada la donacion, aunque no se revoque?*

29 *Se estiende cierta cláusula, para que sea irrevocable la que el ascendiente hace à estraño de aquello de que puede testar, aunque despues le nazcan hijos.*

30 *Si podrá revocar, ò no el donante la donacion que hizo à alguno con la condicion de que éste despues de su muerte sea obligado à restituir à otro la cosa donada?*

31 *Qué donaciones no pueden ser revocadas por ingratitud?*

32 *Y quáles siendo hechas à Iglesias, Monasterios, ò à otro lugar pio, se revocarán, y resolverán, ò no en todo, ò parte?*

33 *Pacto* de sucedendo *si valdrá, ò no?*

34 *Si será, ò no válido el testamento reciproco?*

35 *Qué cláusulas requiere la escritura de donacion* inter vivos *para su firmeza?*

§. II.

36 *QUál se llama donacion* causa mortis: *quién puede hacerla, y ser donatario, de qué bienes, y por qué causas?*

37 *De quántas maneras puede hacerse: y para el percibo de la cosa donada qué se ha de mirar?*

38 *Quándo es válida esta donacion entre marido, y muger?*

39 *Si la muger casada podrá hacerla sin licencia de su*

su marido, ò el menor sin la de su Curador?

40 *En qué conviene con el legado, y qué solemnidad de testigos ha de intervenir en su otorgamiento?*

41 *Por qué causas se revoca: y si una vez revocada, deberá el donatario restituir los frutos que percibió?*

42 *Se ordena cierta cláusula para que sea irrevocable.*

43 44 *Qué ha de hacer el Escribano en la extension de esta donacion, para que no se confunda con la* inter vivos?

45 *Para que las donaciones sean válidas, qué cosas no han de intervenir?*

§. III.

46 *SE trata de la donacion que se hace à los Estudiantes, y Cathedraticos de Salamanca, y Alcalá de Henares.*

§. FINAL.

47 *DOnacion inter vivos graciosa estendida.*

48 *Se explica lo que en la insinuacion, y se estiende el pedimento, y auto correspondientes, quando la donacion excede de los quinientos maravedis de oro.*

49 *Revocacion de donacion, y requerimiento al donatario.*

50 *Donacion remuneratoria.*

51 *Donacion, ò cesion de una casa à renta vitalicia, y su nota.*

52 *Donacion, ò cesion à Estudiante con su nota, y otra sobre el papel sellado.*

---

§. I.

DONACION INTER VIVOS.

1 ESta palabra *donacion*, (cuya ethimologia, ò denominacion viene del nombre latino *donum*, que significa el don, y del supino *datum* del verbo *dó*, *das*, que significa dar) quiere decir lo mismo que dacion, en-

trega, don, ò dádiva (1) de alguna cosa permitida; ò translacion de el dominio de cosa propia en otro por mera liberalidad. (2) La donacion es uno de los contratos que llaman *stricti juris*, porque en él no puede proceder el Juez *ex bono, & æquo*, sino con el rigor del derecho, ciñendose à lo que de él consta sin suplir cosa alguna. Puede hacerse, ò ser de dos maneras: *verbal*, y *real*: la verbal, ò imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada; y la real, ò perfecta (de que aqui se trata) *es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad da à otra dinero, ò alhaja suya propia.* (3) Dividese en donacion *inter vivos*, y *causa mortis*: la donacion inter vivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goce al instante, y se haga dueño de ella; y la donacion causa mortis es la que hace estando enfermo, ò aunque sano, con peligro, ò temor de la muerte, v. gr. de que le maten los enemigos, ò ladrones en camino, ò que naufrague, y perezca en el mar si se embarca, ò por su abanzada edad, ù otro motivo semejante. (4)

3 Dividese la donacion inter vivos en *propia*, è *impropia*: la propia es la que se hace sin mas causa, respeto, ni motivo que la mera liberalidad del donante, producida por un efecto de su generoso animo, no solo sin esperanza de retribucion, ni de que jamás buelva à su poder la cosa donada, sino con el fin de que su dominio pase incontinenti al donatario; por cuya razon se llama *pura, simple, graciosa, y perfecta*, y una vez hecha irrevo-

(1) Ley Senatus 35. §. 1. ff. de Mortis causa donation.

(2) Ley Donare 29. Cod. de Donation. ley Donari 82. ff. de Regul. jur. Scoto. In 4. distinct. 15. quæst 2. §. Secundo potest. Abb. & Hostiens. in Rubr. de Donation.

(3) Proem. y ley 1. tit. 4. Partid. 5. y leyes 1. y 29. ff. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 1. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio artic. 1. num. 1. al 10.

(4) Leyes 3. 4. y 5. ff. de Mortis causa donat. y 7. tit. 10. lib. 5. Recop.

vocable, no puede invalidarse por la penitencia del donante, (1) no concurriendo alguna de las causas que explicaré en el num. 24.: ni rescindirse, aunque intervenga rescripto del Principe; (2) ni tampoco debe imponerse despues en ella modo, gravamen, ni condicion; y lo mismo sucede en otro qualquier contrato, (3) y aunque se le imponga, no valdrá, porque por la donacion pura irrevocable se constituye del donatario la cosa donada, y en la agena nadie tiene facultad de disponer por via de enagenacion, hipoteca, gravamen, ni de otra suerte (4) contra la voluntad de su dueño. Pero podrá declararla, porque qualquiera que hace algun acto aunque sea irrevocable, puede declararlo despues. (5) Por lo tocante à qual se llama donacion *simple*, y *causal*; y quándo estará, ò no obligado el donatario descendiente à colacionarla: vease el lib. 2. cap. 3. §. 2. de mi segunda parte, en donde lo explico.

3 La impropia, ò imperfecta es la que se hace con causa, ò debajo de cierto modo, y condicion, v. gr. la donacion *propter nuptias*, (la qual antes del Emperador Justiniano se llamaba *ante nuptias*, porque para su validacion era preciso que se hiciese antes del matrimonio, lo qual corrigió, y amplió, permitiendo que se haga, y aumente constante él, al modo que la dote, (6) como dexo explicado en el capítulo 2. num. 3.) ò la donacion por causa de la dote que la muger, ù otro en su nombre hace al marido para superar, y mantener las cargas matri-

(1) Leyes 2. 3. y 4. ff. de Revocand. donat.

(2) Ley Si donationem 5. Cod. de Revocand. donat.

(3) Ley Sicut initio 5. Cod. de Obligat. & actionib. ley Perfecta donatio, Cod. de Donation. quæ sub modo. y ley 2. Cod. de Revocand. donation.

(4) Ley fin. Cod. de pact. al fin. Sr. Salg. labir. part. 2. cap. 9. n. 73. Sr. Roxas Almans. de Incompatibilit. disp. 1. quæst. 10. num. 8

(5) Ley fin. § 1. Cod de Legib. ley Hæredes palam 21. ff Qui testament. facere pos. ley Ex facto 43. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. Sr. Roxas ibi. num. 24. y sig.

(6) §. Est & aliud genus, Instit. hoc tit. y ley ult. Cod. de Donat. ante nupt.

trimoniales, (1) la qual no puede revocarse durante el matrimonio, à menos que el marido venga à inopia por su culpa, ò se le confisquen sus bienes: (2) ò la remuneratoria, que es la que se hace en recompensa de beneficio recibido, por lo que es irrevocable: (3) ò la que se hace con tal modo, ley, y condicion que no verificandose, puede revocarla el donante; (4) ò la que se hace hasta cierto tiempo, la qual vale, (5) porque el dominio de las cosas se puede transferir à algun sugeto por tiempo determinado; y cumplido este, à otro, ù otros à voluntad del donante, y por consiguiente en las donaciones se pueden hacer substituciones, y revocaciones como en los testamentos, è imponer las condiciones posibles, y honestas que quiera el donante. (6) Y aunque sean irrevocablemente hechas, y aceptadas por el donatario, podrá despues el donante quitar enteramente à este el gravamen, ò condicion en ellas impuesto, porque esto no es revocacion sino manifestacion de su mayor liberalidad, y aficion al donatario por beneficiarle; por lo que no se infringe la ley *Perfecta donatio* 4. *Cod. de Donationib. quæ sub modo*; pues esta prohibe imponer condiciones en la donacion perfecta despues de hecha pura, è irrevocable, mas no quitar la impuesta, porque esto es favorable, y aquello gravoso al donatario, y asi es cosa, y caso muy diverso.

4 El efecto de la donacion inter vivos perfecta, es quedar obligado el donante à entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente

(1) Ley Pro oneribus 20. Cod. de Jure dot.

(2) Leyes Si constante 24 y Si marito 31. ff. Solut. matrim. y leyes 1. tit. 9. Partid. 3. y 29. tit. 11. Partid. 4.

(3) Leyes Aquilius 27. y Si pater 34 ff de Donat.

(4) Veanse las cinco leyes Cod. de Donat. quæ sub modo.

(5) Leyes 2. y 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo. Y ley fin. Cod. de Legat.

(6) Leyes 1. y 2. Cod. de Donation. leyes Si rerum 2. y Quoties 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo; y ley Ut hæredibus, ff. de Legat. 2. Hermosill. en la ley 7. tit. 4. Part. 5. glos. 1. num. 1. y 4.

te hecha, para lo qual tiene accion contra él; pero no obstante, si tarda en entregarsela, no por eso deberá pagar sus frutos, ni usuras, pues de lo contrario le será demasiado gravosa su liberalidad. (1) Y sin embargo de que por derecho antiguo debia intervenir precisamente tradicion de la cosa donada para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el unico medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio, por no ser suficiente su consentimiento; (2) hoy nada de esto es necesario aunque sea entre ausentes, y no intervenga nuncio, ò persona que por el donatario la acepte, ni carta, pues basta que manifieste su voluntad, y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro, queda obligado, segun lo manda la ley Real; (3) y asi lo que antes de la promesa fue voluntario en el donante, se hace coactivo, forzoso, y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido à cumplirla, si el donatario la acepta; y lo mismo milita en todos los contratos nominados, pues no pueden rescindirse, ni los contrayentes arrepentirse. (4)

5 Convienen las donaciones inter vivos, y causa mortis en razon de ser donaciones ambas, y en que por medio de ellas recibe beneficio el donatario. Y se diferencian en tres cosas: la primera en que la perfecta inter vivos con sola la voluntad del donante manifestada, y el consentimiento, y aceptacion del donatario se hace irrevocable, à menos que intervenga causa grave legal que lo obste; porque en el mismo instante que la acepta, adquiere de-

(1) Leyes fin. Cod. de Revocand. donat. Si quis argentum 35. Cod. de Donat. y 9. §. 1. 12 22. y 33. ff. de Donat.

(2) §§. Per traditionem 40. Instit. de Rer. divis. y Aliæ autem 2. Instit. hoc tit.

(3) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Gom. lib. 2. Variar. cap 4 num. 2. & ibi. Ayllon num. 3.

(4) Ley Sicut, Cod. de Action. & obligationib. Hermosill. en la ley 61. tit. 5. Partid. 5. num. 1.

derecho à la cosa donada, y se le transfiere su dominio; lo que no sucede en la hecha causa mortis, porque para que esta sea efectiva, es preciso que se confirme con la muerte del donante, pues hasta entonces puede revocarla, y si la revoca, buelve à el *ipso jure* la cosa donada, y le compete su reivindicacion con frutos. La segunda, en que la donacion causa mortis se frustra, y revoca tácitamente si el donatario muere antes que el donante, y asi la cosa donada no pasa à sus herederos, porque no adquirió dominio en ella, pues esta donacion se gradúa por las reglas de los legados, por ser de la misma naturaleza, y calidad, y convenir con ellos, como diré en el num. 40. y se contempla que el donante quiso beneficiar à su donatario despues de su muerte, y no al heredero de éste; (1) lo que sucede al contrario en la *inter vivos.* Y la tercera, en que para que la donacion inter vivos, que excede de quinientos maravedis aureos, sea válida en el todo, se requiere insinuacion, la que no es necesaria en la causa mortis. (2)

6 Tambien conviene la donacion con la cesion en que por ambas recibe beneficio aquel à cuyo favor se hacen; y se diferencian, en que para que la cesion sea válida, se requiere causa veridica, y no ficta, como explicaré en el capítulo XI. §. II. y para la donacion ninguna mas se necesita, que la libre, y espontanea voluntad, y liberalidad humana, con la qual queda perfecta, por lo que dice la *ley 1. tit. 4. Partid. 5. y su Proemio*: *que la donacion es bien hecho, que nace de nobleza, y bondad de corazon, y una gracia, y amor, que usan los hombres entre sí, porque el que dá, se queda sin lo suyo, por beneficiar à otro.* Asimismo se diferencia del legado: acerca de lo qual vea-

(1) §. 1. Instit. de Donation. ley Si mortis causa res donat. 29. y ley Illud 37. ff. de Mortis causa donat. Gom. ibi. num. 19. 20. y 21.

(2) Leyes fin. Cod. de Revocand donat. y de Donat. causa mortis, y 9 tit 4. Partid. 5. §. 1. Instit de Donat. Ferrar. Bibliothec. verb. donatio art. 1. n. 19. 20. y 21.

vease à *Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 5.* Y se diferencia igualmente del *Precario*, en que aunque éste es especie de liberalidad, y por consiguiente contrato gratuito, pero el que dá en precario, es para bolver à recibir lo que dió, y disolver, y revocar la donacion parcial siempre que quiera; (pues *Precario es aquello que à deprecacion, ò súplica de alguno le concede su dueño para que lo use todo el tiempo que éste quiera*) y en la donacion sucede al contrario, porque el que la hace, es para no recibir jamás lo que dió. (1) Tambien se diferencia el Precario de el commodato, acerca de lo qual, y de otras especies concernientes vease à *Ferraris Biblioth.* verb. *Præcarium*; pues por no importar al Escribano saberlas, omito su explicacion.

7 El que tiene potestad de tratar, y contratar, puede hacer la donacion con tradicion de la cosa donada, ò sin tradicion, ò para tiempo determinado, estando presentes, ò ausentes donante, donatario, y la cosa que se dona; (2) y puramente, ò calificando la donacion con pactos que la restrinjan, ò amplíen, è imponiendo al tiempo de hacerla, al donatario, y cosa dona los gravamenes, y honestas condiciones que licitamente pueda cumplir. (3) Si la donacion es graciosa, no necesita el donante obligarse à la eviccion, y saneamiento de lo que dona, sino quiere; pero sí siendo remuneratoria, à menos que se estipule lo contrario, ò la haga para que tenga efecto despues de su muerte.

8 La *ley 69. de Toro, que es la 8. tit. 10. lib. 5. Recop.* y dice: *Ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solo de los presentes.* Probibe la donacion inmensa de todos los bienes; y la razon es, porque cede contra la natural libertad, y vital conservacion del donante, pues por ella viene à inopia; se queda sin lo

(1) Ley 1. ff. de Præcario. cap. Præcarium, de præcariis.

(2) Leyes 1. 4. y 11. tit. 4. Partid. 5. 10. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real, y 7. tit. 10. lib. 5. Recop.

(3) Leyes 4. y 6. tit. 4. Part. 5. y In re mandata 21. Cod. Mandati. Ferraris en el lugar citado, art. 2.

lo preciso para su manutencion; se priva de tener de que testar; es contra las buenas costumbres, y derecho público, por no convenir al Estado que los hombres sean pródigos de sus bienes: y à mas de esto puede el donatario maquinar la muerte del donante. Lo qual se amplía, aunque sea reciproca entre dos, ò mas personas, insinuada, y jurada, porque viene à ser, y se estima por pacto *de succedendo*, que por derecho está prohibido, como explicaré en el num. 33. y lo mismo procede con la simulada, ò hecha en fraude de la ley, pues no las convalida la insinuacion, ni el juramento. Pero si reserva para sí por toda su vida el usufruto de sus bienes, y los suficientes de que poder testar libremente, y el usufruto es competente para su manutencion, será válida; (1) y tambien, si el donatario se obliga à mantener al donante mientras viva; enterrarlo segun su calidad; y cumplir lo que disponga en su testamento.

9 La donacion limitada puede estenderse hasta quinientos maravedis de oro, ò exceder de ellos; sino excede, no necesita ser insinuada; pero excediendo, es preciso que se insinúe, y manifieste al Juez mayor del lugar en que se hace, (que por tal es conocido hoy el Corregidor, ò Alcalde Mayor del Pueblo, por no haber en los lugares otros mayores que estos,) y si es Aldea, debe manifestarse al de la cabeza de ella, que es donde reside regularmente el Corregidor, à fin de que la apruebe, y à ella interponga su judicial autoridad, sin cuyo requisito es nula, como se prueba de la *ley 9. tit. 4. Partid. 5.* que dice: *Pero si quisiere dar à otro ome, ò à otro lugar, puedelo facer sin carta fasta quinientos maravedis de oro: mas si quisiere facer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas, non valdria, fueras en-*

(1) Gomez en la ley 69. de Toro, num. 3. Gutierrez de Juram. confirm. part. 1. cap. 11. y 57. numer. 18. Señor Covar. lib. 3. Var. cap. 12. & in rubric. testam. part. 2. num. 8. y sig. Matienzo en la ley 8. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. unic. Sr. Larrea decis. 66. num. 36.

ende si lo ficiese con carta, è con sabiduria del mayor Juzgador de aquel logar, do ficiese la donacion; y la razon de esta prohibicion es, porque conviene al Estado que sus individuos no usen pródigamente de su hacienda, ni empobrezcan, y para que donacion tan excesiva sea hecha con mayor deliberacion, y conocimiento, y se eviten fraudes. Lo qual procede tambien en la liberacion, y remision del debito por via de donacion, en el caso que exceda de dicha suma, aunque provenga de diversas causas, y se haga à muchos deudores; pero si la donacion es jurada, vale sin insinuacion; (1) y para esta pueden acudir donante, y donatario, aunque sean Eclesiasticos, al Juez Real, porque como es acto que no requiere formal conocimiento de causa, tiene jurisdiccion para ello, bien que el donante es el que debe pedirla, y no otro; (2) y asi puede en ella dar poder al donatario para que la insinúe en su nombre, si no quiere practicarlo por sí mismo. Y si el Escribano es Juez, puede ser insinuada ante él la donacion que autorizó como Escribano, porque en él pueden concurrir las dos personalidades, y usar de ambas, pero no, si el Juez es el donante, ò donatario. (3)

10 Y aunque algunos afirman que no es necesaria la aprobacion judicial, y que basta la insinuacion hecha en la misma escritura ante Escribano como persona pública, poniendo en ella esta cláusula: *Y consiente el otorgante que esta donacion se insinúe para su mayor estabilidad ante Juez competente con arreglo à la ley: y para que no sea necesaria dicha solemnidad, que renuncia, la insinúa, y ha por*

(1) Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 7. num. 2. y repet. leg. Nemo potest, ff. de Legat. 1. num. 340. y sig. Gomez lib. 2. Variar. cap. 4. num. 6. al 9. Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 6. Hermosill. en la ley 9. tit. 4. Part. 5. glos. 15. num. 5. al 8.

(2) Bald. in leg. In hac Cod. de Donation. Matienz. en la 7. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. fin. num. ultim.

(3) Bald. in leg. Jubemus, §. Sane, si hæc, Cod. de Sacrosanct. Eccles. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 6. num. 3. Hermosill. en la ley 9. tit. 4. Partid. 5. glos. 16. num. 5. y 6.

por legitimamente insinuada ante mí como persona pública, y quiere que tenga la misma fuerza, que si se insinuára en forma legal, &c. Y asi lo practican, no me conformo con su dictamen, porque la ley concede unicamente esta facultad al Juez Mayor, y no à otro inferior, ni al Escribano como tal, segun se evidencia de su contexto; por cuya razon ignoro en qué lo afianzan, queriendo hacer legitima costumbre una corruptela por algunos introducida, y no por todos observada, y mayormente diciendo la ley que la donacion no vale sin dicho requisito; y no me persuado que sea éste uno de los casos en que dicen es ley, y regla el apartarse de la regla, y de la ley; y mas siendo infructuosa la renunciacion de la insinuacion; lo primero, porque no es acto del donante, sino del donatario, en cuyo beneficio privativo cede: lo segundo, porque las leyes que prescriben por forma alguna solemnidad para la validacion de los actos humanos, no pueden ser renunciadas: lo tercero, porque à todos está prohibido alterar lo dispuesto por derecho; y lo quarto, porque de esta renunciacion se presume fraude, y colusion, pues con la facilidad que qualquiera poco cauto puede ser dolosamente inducido para donar, lo puede ser para renunciar la insinuacion; y asi aunque el donante mande que la cláusula se ordene en estos terminos: *Y si esta donacion excediere de los quinientos maravedis de oro que la ley permite donar sin insinuacion, quiero, y mando que quantas veces exceda, tantas se tenga el exceso por nueva donacion, pues para su mayor estabilidad renuncio la ley 9. tit. 4. Partid. 5. à fin de que jamás sea necesaria la insinuacion que previene.* No valdrá la donacion en el exceso, sino se insinúa, y antes bien se limitará à los quinientos maravedis, en los que será estable, y válida, (1) porque en las cosas divisibles no se vicia lo util por lo inutil; (2) pero si fue-

(1) Ley 9 tit. 4. Partid. 5. Gomez lib. 2. Variar. cap. 4. num. 7. y 8. & ibi. Ayllon num. 8. Gutier. de Juram. confir. part. 1. cap. 7.

(2) Regla 37. jur. in 6.

fuere jurada la renunciacion, y donacion, quedará firme; (1) y el que reclame la donacion debe justificar el defecto de la insinuacion. (2)

11 Sobre el valor de los quinientos maravedis de oro hay diversas opiniones, porque cada uno ajustó la cuenta segun el que tenia en su tiempo la moneda corrriente, y todos dixeron bien, y una misma cosa en la substancia; en cuya inteligencia la cuenta que me parece debe ajustarse hoy, es ésta: Cada maravedi de oro de aquellos valia lo que un Castellano, (3) que fue moneda de oro de estos Reynos, y entraban cincuenta en un marco de ocho onzas, (4) y si actualmente los hubiera, valdria cada uno mil setecientos quarenta maravedis de vellon, y quatro quintos de otro, porque en el siglo decimoquinto valia un escudo sencillo quatrocientos maravedis, y el castellano quinientos quarenta y quatro; con que valiendo hoy el mismo escudo mil doscientos y ochenta maravedis, que son treinta y siete reales, y veinte y dos maravedis, corresponden al castellano los mil setecientos y quarenta, y quatro quintos; y los quinientos maravedis de oro compondrán veinte y cinco mil y seiscientos reales de vellon. Si se consideran sueldos de oro, y cada sueldo de quatrocientos ochenta y cinco, ò quinientos maravedis de vellon del valor actual, ascenderán à doscientos y cincuenta mil maravedis, que hacen siete mil trescientos cincuenta y dos reales, y treinta y dos maravedis de la propia especie: y porque todo es opinable, convendria que el Principe lo declarase, para evitar dudas por la alteracion que hubo en la moneda despues de la creacion de la ley de Partida.

12 No necesita ser insinuada la donacion antidoral, ò remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, si-

(1) Cap. Cum contingat. 28. de Jurejurand.

(2) Luca Donation. discurs. 2. ex num. 4.

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 4. Partid. 5. n. 14. Sr. Covar. de Vet. num. cap. 6. num. 4. Escobar computat. 1. num. 16. y sig. y computat. 25.

(4) Auto unic. §. 1. al fin, y ley 2. tit. 22. lib. 5. Recop.

sino compensacion de meritos hechos, ò beneficio recibido, ò satisfaccion, y paga de lo que se debe: ni la del tercio, y remanente del quinto hecha à los legitimos descendientes, porque pende del futuro evento, que es la muerte del Testador, el saber si excederá, ò no de los quinientos sueldos, ò maravedis de oro; (1) y asi es superflua la cláusula de insinuacion que algunos suelen poner en estas donaciones, sin saber por qué, y nada mas que por haberlo visto à otros ignorantes: ni la que el Emperador, ò Rey hacen, ò les hacen, aunque exceda de dichos quinientos maravedis: ni la que se hace à alguno para reparar su casa deborada, y consumida por incendio, ò ruina: ni para redimir cautivos, ni à obra pia, y lugar religioso, bien que acerca de esta se duda: ni à muger menor antes de casarse por razon de dote, si está destituida del auxilio paterno: (2) ni la renunciacion de las futuras succesiones, y derechos, pero sí la de los bienes adquiridos: (3) ni la reciproca, ni otras que expresa *Hermosilla* en la glos. 15. de la ley 9. tit. 4. Partid. 5. que se cita. Ni tampoco la de alguna, ò algunas fincas raices à renta vitalicia al riesgo de la vida del donante, de que para modélo estenderé la correspondiente escritura.

13 Es nula la donacion que el enfermo hace à su Confesor, ò à su Convento, deudo, ò Iglesia en su ultima enfermedad, (4) como en el capítulo I. §. XV. num. 177. dexo sentado. Tambien lo es la que se hace en fraude de no pechar, aunque no llegue à los quinientos maravedis aureos, v. gr. à hijo Clerigo, teniendo otros legos; (5) y asi en la que se haga à Clerigo, Iglesia, Convento, me- -mo-

(1) Matienz. en la ley 7. tit. 6. lib 5. Recop. glos. 3. num. 2.

(2) Leyes 9. tit. 4. Partid. 5. 18. de Toro: 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. penult. Cod. de Donat. Aquilius 27. y penult. §. Si quis, ff. eod. tit. y Minoribus 17. Cod. de Donat. ante nupt.

(3) Dueñas regula. 224. Limit. 14. Hermosill. en la ley 9. tit. 4. Partid. 5. glos. 15. num. 17. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 10. vers. Item etiam: & ibi. Ayllon, num. 11.

(4) Auto 3. tit. 10. lib. 5. Rec.

(5) Ley 11. tit. 10. lib. 5. Rec.

moria pia, capellanía; ò à alguno para ordenarse, convendrá añadir, y poner esta cláusula: *Cuya donacion le hace sin que por ella sea visto perjudicar, ni defraudar los derechos Reales, y demás cargas que pagarian los bienes en ella contenidos si los poseyera un lego, pues quedan ligados, y sujetos à todo en iguales terminos indistinta, y absolutamente; para lo que ha de entenderse, y estimarse existir en poder de persona no esenta, ni privilegiada.* Igualmente es nula la que el ascendiente hace à hija, ò nieta suyas por razon de dote, ò casamiento en contrato entre vivos con título de mejora, porque no pueden ser mejoradas por esta causa, como en los capitulos I. §. V. num. 81. y II. §. II. num. 25. dexo expresado: y la de Villas, Castillos, Lugares, Tierras, Heredamientos, è Islas de estos Reynos que se hace à Rey, Señor, ù otro estrangero. (1)

14 No pueden hacer donacion inter vivos el menor de veinte y cinco años: ni el loco, fatuo, desmemoriado, ni pródigo declarado, ni vale lo que estos hagan, aunque sí la que otro les hace. Tampoco es válida la que hace el que cometió crimen de lesa Magestad, ò para ello dió consejo, ò maquinó la muerte, mutilacion de miembro, ò lesion contra algun Consejero del Rey, ò division de su Reyno: ni el declarado en juicio por herege; pero si es acusado de otro delito, aunque por él deba morir, ò ser deportado, puede hacer donacion hasta el dia que contra él se dé la sentencia, y no despues; y si la hace antes de cometerlo, valdrá, sin embargo de que luego le condenen. (2)

15 Tampoco pueden hacerla el Arzobispo, y Obispo de los bienes de la Iglesia, ni su Administrador, si no en los casos, y con los requisitos que prefinen las doce leyes del tit. 14. Partid. 1. concordantes con el derecho canonico: ni el marido, y muger constante matrimonio, excepto que sea la que llaman remuneratoria, v. gr. marido vie-

(1) Ley 2. tit. 10. lib. 5. Rec. y 5. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.
(2) Leyes 1. y 2. tit. 4. Part. 5. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 23.

viejo à muger pobre, moza, doncella, noble, ò hermosa; pero para que esta sea válida; si el donante tiene ascendientes, ò descendientes; se ha de confirmar con su muerte, ò ser jurada, ò de las cosas que en el num. 21. y sig. se contendrán; y no exceder de lo que las leyes permiten, (1) y dexo explicado en el capítulo I. que es del tercio, ò quinto segun sea el heredero, porque esta remuneracion no es de las que obligan en conciencia, ni en justicia, y por lo mismo no debe perjudicar à los forzosos en su legitima.

16 El padre no puede hacer donacion al hijo que tiene en su poder, sino que sea Soldado, y le dé armas, y caballo, ò le dedique à alguna ciencia, y le done los libros para estudiar: ò que sea jurada: ò por servicios que le haya hecho, pero estos han de ser artificiales, ù oficiales, y no obsequiales, pues en este caso se contempla remuneratoria: (2) ò de lo que la ley (3) le permite, que es el tercio, y remanente del quinto. Advirtiendo que hecha la donacion por el padre à su hijo, caduca ésta regularmente hablando, si el padre le sobrevive; (4) bien que si se la hizo por causa del matrimonio, y dexa hijos el donatario, se entienden llamados, pero no sus herederos extraños. (5) En quanto à si la muger puede hacer donaciones constante matrimonio sin pecado, ni cargo de restitucion, vease à *Ferraris Biblioth.* verb. *Bona*, que trae siete casos, y otros en los quales no puede, ni tampoco su marido sin su mutuo consentimiento.

17 El hijo que está bajo de la patria potestad, no puede hacer donacion sin licencia de su padre, à menos que ten-

(1) Leyes 4. y 5. tit. 11. Partid. 4. Gom. en el cap. cit. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3.

(2) Leyes 3. tit. 4. Partid. 5 y 2. Cod. de Donat. inof. Gutier. tit. cit. part. 1. cap. 4. y 5. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio, art. 2. num. 9. y 10. Gom. en la ley 17. de Toro, num. 4.

(3) Ley 18. de Toro.

(4) Trentacinq. Variar. lib. 3. Resolu. 6. num. 7.

(5) Luca de Dote disc. 27. n. 19. y de Donationib. disc. 8. num. 27. y disc. 21. num. 4. Andreol. Controvers. 232.

tenga peculio, ò bienes castrenses, ò quasicastrenses, que entonces no la necesita; pero teniendo bienes profeticios, puede dar de ellos alguna cosa à su madre, hermana, sobrina, ù otro pariente con justa causa, ò al maestro que le enseña alguna ciencia el salario correspondiente sin el paternal permiso. (1)

18 De tres maneras gana el donatario la posesion de la cosa donada: la primera, apoderandole de ésta el donante, ù otro en su nombre; mas no si de propia autoridad se entra en ella, ò la roba. (2) La segunda, dandole posesion de ella, ò entregandole los titulos de su pertenencia, ò la escritura de donacion, aunque no se apodere corporalmente de la cosa donada; (3) por cuyos dos medios se constituye verdadera, y efectiva la donacion, y liberalidad del donante, y asi es irrevocable; y por la tradicion de la escritura se perfeccionan todos los contratos: (4) por ser mas firme lo que estriva, y se apoya en la tradicion, que en la simple promesa, (5) ò palabra. Y la tercera, conteniendo la escritura de donacion la cláusula de *Constituto*, que es decir el donante: *que desde alli en adelante posee la tal cosa en nombre del donatario*: ò *que se constituye por su inquilino, tenedor, y precario poseedor de la cosa donada en legal forma*; (6) y por este medio se transfiere ficta, y tácitamente la posesion en el donatario. Advirtiendo que para ganarla, ha de tenerla éste por sí mismo, ù otro en su nombre, y voluntad de ganarla. (7)

19 Si se hace donacion al que está ausente, conviene se le entregue el título de la cosa donada, ò que luego

(1) Ley 3. tit. 4. Partid. 5. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio art. 1. num. 34. al 42. Matienzo en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. y 2.

(2) Ley 10. tit. 30. Partid. 3.

(3) Ley 8. tit. 30. Partid. 3.

(4) Ley 1. & ibi. glos. & Cin. Cod. de pericul. & commod. Rei vendit. §. Venditæ, Institut. de rer. division. y cap. Cum Joannes, de Fide instrum.

(5) Ley Divisionis placitum, ff. de Pact.

(6) Ley 9. tit. 30. Partid. 3. Gomez en la 17. de Toro num. 15. y en la 45. num. 20. 32. y 45.

(7) Ley 6. tit. 30. Partid. 6.

go la acepte, para que el donante no pueda revocarla, pues si no se le entrega, lo podrá hacer, como lo dice la *ley* 10. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real* ibi: *Otrosi mandamos que si alguno ficiere carta de donacion de sus cosas à otri, è la carta tubiere el que la fizo, è no la diere, puedagela toller si quisiere, è darla à otri, ò facer della lo que quisiere.* Y aunque segun la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro, queda obligado; se duda entre los Autores si no habiendo sido aceptada la donacion, podrá, ò no el donante revocarla, no obstante que sea jurada, y contenga la cláusula de *Constituto*, como lo advierte *Gutier. repet. cap. Quamvis, de pactis num.* 53. *y sig.* citando las opiniones asertivas, y negativas. Y para que por la ausencia, y falta de aceptacion del donatario no pueda revocar el donante la donacion que le hace, y evitar dudas, y disputas, se pondrá despues de las clausulas que requiere para su estabilidad, y antes de la guarentigia la siguiente: *Y mediante hallarse ausente el donatario, y por esta razon no poder aceptar la donacion que le hago: para que no pueda invalidarse, ni yo revocarla à pretexto de no haberla aceptado, pido al presente Escribano que como persona constituida con autoridad pública, y real, usando de la facultad que el derecho le franquea, la acepte en su nombre, pues desde ahora la doy por aceptada en solemne forma legal, à fin de que sea irrevocable en el todo, como si el mismo donatario la aceptára expresamente, y se le entregára el título de ella: quiero que nada de esto, ni otro acto, ni requisito sea necesario para su perpetua estabilidad: y renuncio la ley decima, título duodecimo libro tercero del Fuero Real, que por la no entrega de la escritura de donacion me permite su revocacion, y demás que en el asunto versan, para no aprovecharme de su auxilio en manera alguna. E yo el infraescrito Escribano la acepto en forma legal por dicho donatario al efecto enunciado. Y à haberla por firme obligo yo el otorgante mis bienes, raices,* &c. Con cuya cláusula queda tan estable como si el donatario la aceptára por sí,

por-

porque los Jueces, y Escribanos como personas con autoridad pública, pueden aceptar, ò recibir promesas en nombre de otros, y los promitentes están obligados à cumplirlas, segun lo dispone la ley 7. tit. 11. Partid. 5. ibi: *E aun decimos que los Juzgadores, è los Escribanos de Concejo pueden rescibir promision en nome de otro*: y mas abajo dice: *Cá maguer ninguno destos sobredichos en cuyo nome fuese rescebida la promision, non estobiese delante quando la rescibió, vale la promision, è puedela demandar aquel en cuyo nome fuese fecha, tambien como si él mismo la obiese recebida.* Y aunque la ley inserta habla de los Escribanos de Concejo, ò Ayuntamiento, que son los que éste, ò el dueño jurisdicional nombra, y eran los que quando la creacion de ella habia: deberá militar con superior razon lo propio con los demás públicos, y Reales, porque tienen título Real, y pueden actuar en lo judicial, y en contratos, y testamentos, lo que no pueden hacer hoy como tales los de mero Ayuntamiento, asi por carecer de autoridad, y facultades para ello, como porque no tienen título, ni aprobacion Real, y son nada mas que unos Fieles de fechos diputados unicamente para escribir, y autorizar los acuerdos, y demás cosas tocantes al Concejo, y no para otra, y por lo mismo les está prohibido por las leyes del tit. 25. lib. 4. Recop. entender en actos judiciales, y autorizar escrituras sino tienen titulo, y aprobacion Real. Lo que no echará al olvido el Escribano para poner la aceptacion con expresa anuencia del donante, y no sin esta.

20 La donacion otorgada entre los esposos de futuro es válida, y se perfecciona luego que se entrega al donatario la posesion de la cosa donada: y esto se entiende aunque no se efectúe el matrimonio, si se pacta asi entre ellos; y sino se pacta, con tal que tenga efecto, y no de otro modo; (1) pero si estipulan que ha de ser efectiva quando se verifique consumado, no valdrá, porque

(1) Leyes 1. ff. de Donat. inter vir, & uxor. y Cum veterum 15. Cod. de Donat. ante nupt.

que se prefine para que llegue à perfeccionarse, tiempo por derecho prohibido, y se estima como donacion entre marido, y muger hecha constante matrimonio. (1) Lo propio sucederá si el novio teniendo en su casa à la novia, se la hace, ù ofrece en el mismo dia de la boda, mas no, si ella está en la suya. (2) Y si se hace, ò promete por aumento de dote concurriendo pobreza de parte del donatario, ò por causa remuneratoria entre los dos, valdrá, y no podrá revocarse por ingratitud de éste; pero para que no se entienda ser donacion simple, es preciso que se exprese la causa, y que ésta sea veridica, y no ficta; previniendo que si entonces tienen hijos, se limitará al quinto, como si fuera hecha por testamento, pues los descendientes no deben ser gravados en su legitima, segun dexo sentado en el cap. 1. §§. 5. y 7.

21 Constante matrimonio suelen marido, y muger hacerse donaciones inter vivos: y para que el Escribano se instruya de las que son, ò no válidas, y por qué causa, tengo por conveniente insertar las *leyes* 4. 5. *y* 6. *tit.* 11. *Partid.* 4. cuyo literal, y ordinal tenor dice asi: Ley 4. *Durando el matrimonio facen à las vegadas donaciones el marido à la muger, y ella al marido non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro; è tales donaciones como éstas son defendidas que las non fagan, porque non se engañen despojandose el uno al otro por amor que han de consuno, è porque el que fuese escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar; è por ende si las ficieren despues que el matrimonio es acabado, no deben valer, si el uno se ficiere por ello mas rico, è el otro mas pobre; fueras ende si aquel que ficiese tal donacion, nunca la revocase, nin la desficiese en su vida, cá entonce fincaria valedera. Mas si revocase la donacion en su vida el que la ficiese, diciendo señaladamente: tal donacion como ésta, que fice à mi muger, non*

(1) Ley Quod sponsæ 4. Cod. de Donat. ante nupt.

(2) Ley Cum in te 6. Cod. de Donat. ante nupt.

non quiero que valga ; ò si callase , non diciendo nada , à la diese despues à otro , ò la vendiese ; ò si muriese aquel, que recibiera la donacion ante de aquel que la fizo , desatarse yé por qualquier de estas razones la donacion primera. Pero si fuere venta , pueden hacersela , no interviniendo fraude , y causa de donacion , porque no hay peligro de que se despojen del mutuo amor , ni por este contrato se constituye el uno mas pobre , y el otro mas rico , como diré en el cap. 7. num. 2. al fin.

22 Ley 5. *Casos ya , è razones , en que valdria el donadio que ficiese el marido à la muger , ò ella al marido durando el matrimonio : è esto podria acaecer en dos maneras , la una es asi como quando el que dá la donacion , no se face por ella mas pobre , ò aquel à quien la dá , se facer por ella mas rico , è esto seria como si algun ome , ò muger ficiere su heredero algun ome casado , diciendo asi: Yo fago mi heredero à tal ome , (nombrandole señaladamente,) è mando que quando él finare , que este heredamiento quel yo dó , que finque à su muger ; cá si el marido della ante que entrase en tenencia de aquella heredad , la diese à su muger , valdria la donacion ; è esto es porque non seria él por ende mas pobre , pues que non era aun en tenencia del heredamiento , è non se de mengua ninguna cosa del patrimonio que habia ante. Eso mismo seria si alguno en su testamento mandase al marido alguna cosa , asi como casa , ò viña , ó heredad en la manera sobredicha , è despues la diese à su muger ante que fuese apoderado della.* Otro tal *seria , si el marido diese à la muger alguna cosa que non fuese suya , cá valdria la donacion para poderla ganar la muger por tiempo. Eso mismo seria , cá valdria la donacion que fuese fecha en alguna otra manera semejante de estas entre el marido , è la muger.*

23 Ley 6. *Empobreciendo el que ficiese la donacion por razon della , è non enriqueciendo mas por ella aquel à quien la diese , es la otra manera , de que ficimos emiente en la ley ante desta que valdria la donacion que ficiese el marido à la muger , ó el uno al otro , durando el matrimonio , è es-*

esto seria como si uno dixese al otro quel daba alguna sepultura suya en que se soterrase, ol diese, ol comprase logar, en que la ficiese, ol diese heredad alguna, en que se ficiese alguna Eglesia, ò Monasterio, ol diese renta de alguna heredad, ò dineros, ò otra cosa, quel diese por luminaria à alguna Eglesia; tales donaciones como éstas, è otras semejantes dellas deben valer, porque aquel à quien las dan, no se aprovecha dellas en su vida: Otrosi porque son dadas en manera que se torna en servicio de Dios. (1) Otras donaciones se hacen marido, y muger constante matrimonio que son válidas, las quales recopila *Ferraris in sua Biblioth.* verb. *Donatio*, num. 14. al 26. y refiere trece casos, que el aplicado podrá ver en él.

24. La donacion pura inter vivos, que por su naturaleza es irrevocable, puede revocarse por las siguientes causas: la primera, por haber deshonrado de palabra el donatario al donante. La segunda, por haberle acusado de delito, porque merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de todos, ò la mayor parte de sus bienes, ò ser desterrado. La tercera, por haber puesto en él sus manos ayradas para herirle, ò matarle. Y la quarta, por haberle hecho grave daño en sus bienes, ò maquinado su lesion, ò muerte; por cuyas causas como efectos de la ingratitud puede el donante revocar la donacion perfecta; pero para que valga la revocacion, es preciso que las declare, y pruebe en juicio, y no haciendolo, no se revocará, ni sus herederos podrán querellarse del donatario por esta razon. Por las misma puede el padre revocar la que haga à su hijo; pero si su madre se la hace, y muerto su padre, buelve à casarse, solo podrá revocarla por tres, que son: haber puesto en ella las manos ayradas: intentado su muerte: ò hechola perder todos, ò la mayor parte de sus bienes. (2) Tambien podrá

(1) Vease à Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3. à Montalvo en la ley 3. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real, y à Ferrar. Biblioth. verb. Donatio art. 2. num. 14. y sig.

(2) Leyes 10. tit. 1. Partid. 5. 7. tit.

drá el donante revocarla, por no cumplir el donatario con la contribucion de los alimentos pactados en la escritura de donacion, ò el modo, y condicion puestos en esta, y por otras causas semejantes probadas. (1) Advirtiendo que el ingrato hace suyos los frutos percibidos antes de la revocacion por su buena fé, y por haber sido válida en su principio la donacion, y solo deberá restituir los que despues de la contestacion se devenguen: acerca de lo qual vease à *Hermosilla en la ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 8. *num.* 20. y à los que cita.

25 Pero si el donante se obliga con juramento à no revocarla por ellas, será firme, è irrevocable, porque puede renunciar todo lo que está establecido en su beneficio; (2) y la cláusula se ordena en estos terminos: *Y bajo de juramento que hago por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta* ✠ *me obligo à no revocar esta donacion por causa alguna de las que prefinen la ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *y otras del mismo título, ni reclamarla total, ni parcialmente, alegar excepcion que me sea propicia, ni tampoco pedir relaxacion de este juramento à quien pueda concedermela, y si lo intentáre, no solo quiero no ser oido judicial, ni extrajudicialmente, sino antes bien en costas condenado, habido por perjuro, y como tal castigado, y que con todo eso se lleve à debido efecto esta donacion en todas sus partes, à cuyo fin la formalizo con nuevos juramentos, vínculos, y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato, y renuncio las citadas leyes, para no aprovecharme de ellas en manera alguna.*

26 Y ordenada de esta suerte, quedará irrevocable, pues aunque la *ley* 67. *tit.* 18. *Partid.* 3. prescribe el modo de es- ten-

tit. 10. lib. 5. Recop.: y 1. y fin. Cod. de Revocand. donat. Auth. Quod mater Cod. eod. tit. y cap. Propter 10. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num 11. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 10. Ferraris Biblioth. verb. Donatio articul. 3.

(1) Leyes 5. 6. y 7. tit. 4. Partid. 5. y 1. Cod. de Donat. quæ submodo.

(2) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de pactis.

tender la donacion en estos terminos: *E otorgó éste que fizo el donadío, poderío al otro, à quien lo dió, de entrar la tenencia de esta casa por sí mismo quando él quisiese sin otorgamiento de Juez, è de otro ome qualquier, è sobre todo esto prometió que esta donacion que le fizo, que siempre la habria por firme, è que nunca iria contra ella en ninguna manera, è señaladamente que nunca la revocaria diciendo que aquel, à quien la ficiera, que gela non agradeciera, è fuera desconociente, faciendo contra él alguna de aquellas cosas, que dicen las leyes deste nuestro libro porque pueden ser revocadas las donaciones, asi como se muestra en el título que fabla de ellas*: y prósigue con otras firmezas regulares en este contrato: se ha dudado entre sus Expositores sobre la inteligencia de ella, porque algunos afirman que fue ordenada con atencion al comun estilo que tenian entonces los Escribanos de estender las donaciones, sin que los donantes interviniesen en sus cláusulas, y que por lo mismo no ha de surtir efecto, pues la impericia de aquellos en la formacion de algunas cláusulas no puede vigorizar los contratos, por ser irritantes como estendidas por quien ignora la naturaleza de estos: y otros que dicha legal disposicion debe observarse, porque en las leyes nada hay superfluo. (1) Y para evitar qüestiones, la ocasion de delinquir à los donatarios, y que sean ingratos à sus bienhechores, aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula con juramento, y renunciacion de las leyes que contiene, sin que el donante bien cerciorado previamente de las causas porque pueden ser revocadas las donaciones perfectas explicadas en el num. 24. se lo mande, dando en este caso fé de habérselo mandado, y especificando las mismas causas en la escritura, para que no se dude de haberle cerciorado de ellas, pues el ingrato es indigno de que se busquen arbitrios para beneficiarlo: la in-

(1) Señor Covarruv. de Testam. cap. 7. num. 31. Señor Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 14. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 10.

ingratitud uno de los pecados mas abominables à los Divinos ojos: y el Escribano no debe poner en los instrumentos clausulas, ni obligaciones que los otorgantes ignoran, sin instruirlos primero de sus efectos con pureza, è imparcialidad.

27 La potestad de revocar la donacion por ingratitud compete al donante solo contra el donatario, y no se transfiere à los herederos de aquel contra éste, ni contra los suyos; (1) y la razon es, porque la accion de hacer la revocacion, es personal, y como tal toca al donante por la injuria que le irrogó el donatario, por lo que con la muerte de los dos se extingue. (2) Lo qual se limita en quatro casos, el primero, quando el donante se quejó de la ingratitud, ò se preparó para la revocacion, ò viniendo à mover el pleyto para que se declarase ésta, se murió; bien que la quexa debe ser judicial, pues no basta la verbal. El segundo, quando por el pacto puesto en la donacion, ò por otro motivo se revocaria esta *ipso jure*. El tercero, quando el donante ignoró la injuria, ò aunque la supo, no tubo tiempo competente para revocar la donacion, ò usar de su derecho. Y el quarto, en la donacion revocable, pues al instante que el donatario fue ingrato, se revocó por el mismo hecho. (3) Pero la de revocarla por inoficiosidad corresponde no solo à los hijos, y descendientes legitimos, sino tambien à sus padres, y demás ascendientes quando sus descendientes por no tenerlos, hacen donaciones tan excesivas que disminuyen lo que con arreglo à derecho deben dexarles; (4) y la razon es, porque la querella de donacion inoficiosa fue establecida à la similitud de la de inoficioso testamento, (5) y es-

(1) Cap Propter 10. de donation. ley His solis 7. vers. Actionem vero, Cod. de Revocand. donation.

(2) Ley Injuriarum 13. ff. de Injuriis. ley Sancimus Cod. de pœnis, y ley unic. Cod. Ex delito defuncti, y dicha ley His solis, y vers. Actionem.

(3) Hermosill. en la ley 10. tit 4. Partid. 5. glos. 8. num. 2. al 7. y otros que cita. Ferrar. Biblioth. verb. donatio art. 3. num. 14. y 15.

(4) Ley Si filius 4. Cod. de Inofficios. donation.

(5) Ley ultim. Cod. eod. tit.

esta compete à los ascendientes legitimos igualmente que à los descendientes. (1) Se advierte que el que alega la ingratitud, debe probarla como fundamento de su intencion, al modo que el que alega otro hecho; (2) cuya prueba ha de ser plena por testigos, pues no se defiere en el juramento supletorio del donante, amenos que asi se pacte entre las partes. (3) En quanto à si antes de moverse el pleyto sobre la ingratitud, enagenare la cosa donada el donatario, podrá revocarla el donante, y sacarla al tercero poseedor: ò si el donatario la hipotecare, se resolverá la hipoteca, y la recuperará libre de ésta el donante, vease à *Hermosill. en la ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 8. en donde lo trata, y otras especies utiles.

28 Aunque la donacion inter vivos graciosa no se revoque expresamente, se entiende revocada en tres casos: el primero, quando el que tiene descendientes legitimos, hace à un estraño donacion inmensa que toque à la legitima de estos, pues se revocará en todo, menos en el remanente del quinto. El segundo, si tiene un hijo solo, y le hace donacion inoficiosa, (que es la que excede al tercio, quinto, y legitima,) y despues le nacen otros, pues se revocará en el exceso, aunque el donante renuncie las leyes que prohiben gravar en mas à los legitimos descendientes, de que traté latamente en el cap. I. Y el tercero, quando el que no tiene hijos, dona à un estraño todos, ò la mayor parte de sus bienes, y despues le nacen, (4) pues no es creible, ni justo, que quiera preferir los estraños à su legitima posteridad, y asi no debe valer

(1) Ley Nam etsi 15. ff. de Inofficios. testament. Ferrar. Biblioth. verb. donatio, art. 3. n. 25. al 28.

(2) Leyes Quotiens 1 Ei incumbit 2. Quotiens 18. § Qui dolo: y Verius esse 21 ff. de probation.

(3) Hermosill. en dicha ley 10. y glos. 8. num. penult. y fin. Ferrar. ibi. num. 12.

(4) Leyes 8. tit. 4. Partid. 5. 4. al fin. tit. 15. Partid. 6. Si unquam Cod. de Revocand. donat. y 1. 5. y 7. Cod. de Inofficios. donat. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 11 12. y 13. y Sr. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 4.

ler en cosa alguna; pero si la donada no es propiedad, sino fruto de alhaja raiz suya, ò renta annua, se duda si será, ò no válida, y me parece que no, porque aunque no es propiedad, impide el incremento de ésta, y por consiguiente de la legitima de los hijos, sobre lo qual vease al *señor Gregorio Lopez en la ley 8. tit. 4. Partid. 5. glos. 12. versic. Et an ista prabibitio quod parentes non docent*::: bien que si despues de nacidos no la reclama en algun tiempo, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que la demanda, deberá pagarsela, porque es visto haber querido donarsela despues que nacieron, y privarse de su goce, pues no le está prohibido hacer donacion modica à quien quiera, asi como habia de gastarlo en otra cosa por diversion, y recreo; y si pretende luego su revocacion, empezará à ser ineficáz desde entonces, y no excediendo del quinto, no se revocará, ni tampoco si es donacion remuneratoria, aunque exceda en algo.

29 Y para que en el ultimo caso no se revoque totalmente la donacion por la supernascencia de los hijos, y valga en lo de que el ascendiente puede testar en su perjuicio, se ordenará la cláusula de irrevocacion en esta forma: *Y me obligo à no revocar total, ni parcialmente esta donacion, y si lo hiciere, no valga, sin embargo de que alegue que quando la formalicé, tube esperanza de tener hijos, ò exponga otra excepcion legitima, pues por el mismo caso quiero, y consiento no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, y que sea visto aprobarla, y ratificarla con todos los requisitos que conduzcan à su mayor estabilidad, para que sea válida, perfecta, è irrevocable en todo lo que por derecho haya lugar, à cuyo fin renuncio la ley 8. tit. 4. Partid. 5. y pido à qualquier señor Juez, ante quien se presente, supla como doy por suplido todo lo que le falta, è interponga à ella su autoridad en legal forma.*

30 Puede revocar el donante la donacion que hizo à alguno con la condicion de que éste despues de su muerte

te sea obligado à restituir à otro la cosa donada, y valdrá la revocacion, excepto en trece casos que recopila *Hermosilla en la ley 7. tit. 4. Partid. 5. glos. 4. per tot.* y son: el primero, quando el substituto presenció la donacion, ò la consintió, y aceptó. El segundo, quado fue hecha en favor de los succesores del primer donatario, pues por la aceptacion de éste adquirieron derecho à ella. El tercero, si el donante hizo la promesa en favor de tercero, y éste la aceptó. El quarto, quando prometió no revocarla por favor de el segundo donatario, ò substituto. El quinto, quando juró no hacer la revocacion. El sexto, quando en nombre del substituto la aceptó el Escribano ante quien se otorgó. El septimo, quando la cosa no está íntegra. El octavo, quando el donante se muere antes que el substituto la acepte, pues el heredero de aquel no puede revocarla. El nono, quando llegó el tiempo pactado para satisfacer el gravamen impuesto à favor del mismo tercero, ò substituto, pues entonces no vale la revocacion. El decimo, si éste es infante al tiempo que se le hace la donacion. El undecimo, quando ésta fue hecha por via de mayorazgo para que existiese perpetuamente en la familia, y el primer llamado la aceptó. El duodecimo, en la mejora hecha al hijo con la condicion de que si muere sin ellos, pase à otros que llama el donante, pues aunque el hijo consienta la revocacion, no puede hacerla el donante en perjuicio de los llamados. Y el decimo tercio, quando el modo, ò la condicion fue puesto en favor de el heredero. En cuyos trece casos no puede revocar la donacion, y con ellos se concilian las dos opiniones diametralmente opuestas sobre si puede, ò no hacer su revocacion.

31 Algunas donaciones hay, que no pueden ser revocadas por causa de ingratitud, y son: la remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, sino compensacion de meritos, como dexo expuesto: la que obliga à disponer de la persona, porque es causa onerosa, y la donacion propia debe ser meramente liberal: y la que se ha-

hace por razon de dote, pues aun quando los novios sean ingratos despues de contraer matrimonio, no puede revocarse. (1) La que se hace por cierta causa, v. gr. el padre à su hijo para que se ordene: y otras que trae *Hermosilla* en la ley 10. tit. 4. Partid. 5. glos. 1. à quien, y à los que cita, puede ver el aplicado.

32 Tampoco se pueden revocar, ni invalidar (regularmente hablando) las donaciones, herencias, ni legados que se hacen, y dexan à la Iglesia, Monasterio, Congregacion, Memoria, ò à otro lugar, ò cosa pia, porque se contemplan hechas à Dios que no es, ni puede ser ingrato, aunque su Prelado, Cabildo, y Monasterio, ò su Administrador lo sean. (2) Dixe: (*regularmente hablando*) porque à veces los donantes, y testadores las hacen para fundaciones, construcciones de fábricas de Iglesias, y Conventos, y para otros fines piadosos, y luego suele cesar la causa final porque se hicieron, ya por extincion del Cuerpo, Congregacion, Cofradia, ò Comunidad, ya por prohibir su execucion el Gobierno, ya por no ser necesario emplear lo donado, ò legado en el destino para que se donó, ò legó, y ya por otros motivos; y otras veces suelen dexar cierta renta fixa para hacer alguna obra en el Convento, ò Iglesia, ò concluirla, y mandan que acabada que sea, pase la renta con los bienes que la producen, à persona determinada, y por tener pretexto para percibirla siempre, jamás se concluye la obra, cuyo pesimo efugio sugiere la codicia à fin de lucrarse en detrimento de tercero contra la voluntad del donante; y en estos casos, y otros semejantes se duda si las donaciones, herencias, y legados se invalidarán, y resolverán en el todo, y los bienes donados harán reversion al donante, ò à quien este mande. Y para extirpar los pleytos, y dudas que suelen

(1) Ferraris Biblioth. verb. Donat. art. 3. num. 16. y 18.

(2) Arg. regl 76. jur. in 6. Jul. Clar. §. Donatio, quæst. 21. num. 5. Barbos. in cap. Propter, de donation. n. 15. Ferrar. Biblioth. verb. donatio, art. 3 num. 17.

len suscitarse, y las decisiones arbitrarias que muchas veces se dán en ellos por falta de explicacion clara de la voluntad de los donantes, y testadores, y de prevencion de lo que puede ocurrir à causa de ignorarlo éstos, y los que estienden las donaciones, y clausulas de los legados: Digo que de estas donaciones, y legados hay tres clases: la primera, es quando se hacen simplemente sin imponer al donatario, ò legatario carga, modo, ni condicion; en cuyo caso estos adquieren libre, pleno, y perfecto dominio en las cosas donadas, ò legadas, por lo que aun quando cesen, y se extingan la Iglesia, Comunidad, ò lugar pio à quien se donaron, ò legaron, no se anulan ni resuelven, antes bien como bienes puramente eclesiasticos quedan à la disposicion del Papa, ò de quien lo represente, pues sucede en ellas à los donatarios, los quales se consideran solamente como causa impulsiva en favor del Alma de el donante, de tal suerte que las donaciones se entienden hechas à Dios para siempre. (1) La segunda es, quando el donante impone al donatario alguna carga, ò modo que ha de cumplir en lo succesivo, v. gr. de alimentarle, ò de practicar anualmente otra cosa. Y en este caso sin embargo de que en las donaciones que se hacen à personas privadas, es voluntaria, y culpable la falta de cumplimiento, y por esta razon se resuelven, y anulan en el todo, (pues en la donacion en poco, ò nada se diferencia el modo de la condicion, (2) ò à lo menos hay causa justa para revocarla) no obstante, si las que se hacen à la Iglesia, ò à otro lugar, ò causa pia, carecen de pacto resolutivo expreso, no se anularán, ni revocarán por el defecto de cumplimiento; y la razon es, porque como el donatario es incapáz de cometer delito, à causa de vivir bajo la direccion, y manejo de su Prelado, ò Administrador, no le debe irrogar perjuicio la culpa,

(1) Inocen. in cap. Cum super, de causa possesion. & propriet. n 3. Fagnan. in cap. Relatum, num. 37. Ne Clerici, vel Monachi.

(2) Ley 1. Cod. de donation. quæ sub modo. ley fin. Cod. de Revocand. donation. y ley 6. tit. 4. Partid. 5.

pa, ò negligencia de estos; y asi se debe tratar solamente del cumplimiento de la carga, ò modo impuesto, y no de la revocacion, ò resolucion de la donacion. (1) Y la tercera clase es la que contiene cierta causa final, bajo de la qual, y no en otra está concebida; y se distingue de dos maneras: la una es la que incluye condicion resolutiva expresa, v. gr. la que se hace à cierto Convento construido, ò que se ha de construir, con la de que: *faltando los Religiosos de él, han de bolver los bienes al donante, ò à la persona que señala.* En cuyo caso si la falta de los Religiosos, ù otra condicion puesta en la donacion proviene de hecho voluntario, y culpable de ellos mismos, se resuelve, y anula esta, porque falta la voluntad del donante, y este defecto no puede suplirse con el pretexto de que interviene el favor de la causa pia, porque ni la Iglesia, ni otro alguno deben retener lo ageno contra la voluntad de su dueño. Pero si dimana de precepto del Soberano que por justas causas utiles al Estado suprime el Convento, Iglesia, ò Congregacion, como sucedió con los Jesuitas, y con otras Ordenes monasticas, y confraternidades que nos recuerdan las historias, no se resolverá la donacion, à menos que contenga este pacto especifico, y expreso, y la cláusula se ordenará de esta suerte: *Y en el caso de que los Religiosos falten de dicho Convento, ya sea por voluntad suya, ò por la de sus superiores, ò porque el Papa, ò Principe, ò el Ordinario diocesano, ù otro en su nombre lo supriman por necesidad, ò por utilidad del Estado, ò por su mera voluntad, aunque ellos no dén el mas leve motivo para la supresion, extincion, ocupacion, ò confiscacion de sus bienes, ò por otra causa (sea la que fuere indistintamente): Mando que los bienes donados buelvan íntegros, y sin gravamen con todo lo en ellos aumentado, y mejorado, à mí, y despues de mis dias à mi casa, y mayorazgo* (ò à quien señala) *con el que se incorporen, como des-*

(1) Rojas decis. 37. num. fin. Card. de Luca, de donation. lib. 7. discurs. 12. nm. 3. y 4.

desde ahora los doy por unidos, è incorporados en él con sus mejoras, y aumentos; pues probibo absolutamente que los puedan vender, gravar, enagenar, ni trocar por otros con ningun pretexto sin excepcion: que se les dé otro destino, y aplicacion, no obstante que sea mas pia, y util: y que recaigan en la Corona, Iglesia, ò en otro Convento, Comunidad, parte, ò persona con título de agregacion, reunion, ni otro. Quiero que esta donacion se entienda hecha por via de limosna limitada, y temporal, y haber cesado, y espirado ocho dias antes de la falta de los Religiosos, y supresion, como puramente interina, y voluntaria, à cuyo efecto la revoco, y anulo desde ahora para entonces, y reservo en mí el pleno dominio de los bienes en ella contenidos, para que jamás sea estimado el Convento por dueño propietario, sino por mero usufructuario, y precario poseedor de ellos, que por tal le constituyo, y ha de ser tenido. Y prohibo igualmente toda dispensacion, y conmutacion, interpretacion, declaracion, y tergiversacion de esta mi expresa, y deliberada voluntad, à fin de que se observe literal, y especificamente en todas sus partes, y el uso de la dispensacion, aunque se obtenga; pues à saber que se habia de interpretar, dispensar, y declarar, ò que habian da faltar los Religiosos, ò suceder la supresion, y extincion de su Convento, y la ocupacion de sus bienes por qualquiera acaso, ni aun por via de limosna les haria esta donacion. Y mando asimismo que de esta escritura se saque una copia, la qual se una à la de fundacion del mayorazgo, y que además se ponga en ésta nota de ella, para que si se pierde, se pueda sacar otra, y llegado el caso, reivindicar dichos bienes. Con cuyo pacto resolutivo harán reversion al donante los bienes donados, ò pasarán à quien disponga, y no recaerán en la Corona, ni el Principe, ni otro alguno podrán usar, ni disponer licitamente de ellos, pues el dominio, y posesion se pueden transferir con condicion, como dice el derecho, (1) y el donante imponer en la donacion-

(1) Ley penult. § fin. ff. de Contrahend. emption. ley Ea quæ 20. ff.

nacion al donatario, y cosa donada los pactos posibles, y honestos que quiera, segun en los num. 3. y 7. dexo expuesto. Lo propio militará quando el donante prefine el parage, ò sitio en que se ha de construir el Convento, si la escritura se ordenáre con el pacto resolutivo siguiente: *Cuya cantidad dono, ò lego para que con ella se construya precisamente en tal parage, ò sitio el citado Convento; y mando que si se edificare en otro, ò si el Principe, Pueblo, Cabildo, ò alguna persona particular diere à los Religiosos casa en que vivan, y la aceptaren, ò aunque se edifique en el citado sitio, si el Convento, ò la Religion se extinguiere, ò suprimiere despues en qualquier tiempo con motivo, ò sin él, sea nula, y se estime no hecha esta donacion, y que sin el menor decremento, ni desfalco, ni necesidad de requerimiento ni otra diligencia judicial ni extrajudicial buelvan la cantidad, ò bienes donados à mí, ò pasen à mis herederos* (ò à quien disponga), *à cuyo fin me reservo su dominio, y propiedad para mí, y para los que llamo à su goce. Probibo absolutamente que se empleen en otro destino, aunque sea mas pio, y util, y toda dispensacion, y conmutacion hecha llanamente, ò por via de declaracion, è interpretacion, ò en otra forma, y el uso de ella sin embargo de que sea concedida de motu propio, y plenitud de potestad, ò en otros terminos, y se inserte en ella esta cláusula; y que los Religiosos, ù otro se puedan quedar con el todo, ò parte de dichos bienes, no obstante que pretexten que no tienen culpa, ò que se ven obligados del Superior à admitir la casa, ò à mudar el sitio del Convento por mas saludable, ò por su inmediacion al Pueblo para mayor comodidad, y mas pronta administracion del pasto espiritual; ò que el dueño del terreno no se lo quiere vender: ò que esta prohibicion es impuesta por via de modo, y causa impulsiva, y no final, ni como condicion coactiva; ò que el que les dió la casa, se la puede quitar; ò que necesitan lo*

ff. de Præcar. ley Servi 16. ff. de Pericul. & commod. Rei vendit. y ley Qui 3. Cod. de Pact. inter emptor. & venditor.

lo donado para con su importe ensanchar, alargar, mejorar, ò reparar la casa; ò que la donacion es hecha à Dios que no es, ni puede ser ingrato; ò aleguen otras causas, y razones poderosas, y ciertas; ò usen de los efugios sofisticos, y maliciosos que suele sugerir la refinada, hidropica, è insaciable codicia para interpretar, y tergiversar mi voluntad, eludir esta prohibicion, y utilizarse total, ò parcialmente de los bienes donados; pues por ningun motivo sin excepcion han de poder retenerlos, venderlos, gravarlos, trocarlos, ni enagenarlos, antes sí ser reputados como meros usufructuarios temporales, y precarios poseedores que por tales los constituyo, y compelidos à debolverlos incontinenti, y emplearse indispensablemente en los fines relacionados; y si se resistieren à su devolucion, y entrega, ser condenados no solo à su restitucion, sino à la de sus frutos, è intereses desde el dia en que se verifique la aceptacion de la casa, ò Convento, ò mutacion del sitio, extincion, y supresion de la Religion, ò Convento, sin desfalco, y asimismo en las costas, daños, y perjuicios que se irroguen à la parte à quien los dexo aplicados, como temerarios litigantes que quieren retener lo ageno contra la voluntad de su dueño, y lucrarse en detrimento de tercero, en vez de restituirselo sin dar lugar à ser interpelados judicial ni extrajudicialmente, pues à ocurrirme este futuro evento, ò saber que no habian de cumplir en forma especifica mi voluntad, ni por imaginacion les haria esta donacion. Sobre lo que encargo séria, y estrechamente la conciencia, y hago responsables en ambos fueros à los señores Jueces, ante quienes en virtud de esta cláusula se intente la reivindicacion de los bienes donados, para que declaren con arreglo à lo literal, y expreso de ella, y executen inviolablemente su contexto sin la mas leve alteracion. Lo mismo sucederá quando dona alguna renta para construir Iglesia, ò Convento hasta que se concluya, si prefine el término en que se ha de concluir, prohibe su percibo, pasado que sea, y toda prorrogacion, y ampliacion, ya esté, ò no concluida dentro de él, y manda que al instante que espire, cese la renta, y sea visto haberla de-

dexado hasta aquel tiempo, y no mas, privandolo de toda accion à continuar desde entonces en su percibo &c. y con otros pactos resolutivos expresos, porque versa la razon expuesta. Y la otra manera es quando la donacion contiene condicion suspensiva que tiene su tendencia al futuro cumplimiento de la causa final, v. gr. quando se hace à una Religion para construir un Monasterio en el que habiten los Religiosos en lo succesivo; en cuyo caso sin embargo de parecer que no verificandose por culpa de los Religiosos el cumplimiento de la causa por que se hace, que es su habitacion, se debe revocar la donacion, porque falta en el todo la voluntad de donar, sin la qual no puede adquirir ni retener los bienes el Monasterio: (1) no obstante, no se revocará, ni resolverá, porque se presume puesto el cumplimiento por via de modo, ò causa impulsiva mas que final. Pero si el donante añade el pacto, y condicion siguiente: *Cuya donacion hago con la expresa calidad, y condicion de que sino lo habitaren los Religiosos, ya sea por su culpa, ò por la de su Prelado mediato, ò inmediato, ò por incendiarse, ò arruinarse, y no redificarlo por falta de caudal, ò por otra causa dentro del preciso, y perentorio término de tantos años siguientes à la ruina, ò incendio que les prefino: ò por suprimirlo, ò agregar à otro sus rentas el Principe, ù otra persona, aun quando no dén el mas leve motivo à la supresion, agregacion, ruina, ni incendio, ò por otra causa, sea la que fuere, sin excepcion ni limitacion, han de bolver íntegros, è ilesos sin el menor decremento ni gravamen los bienes en ella comprehendidos à mi casa, y mayorazgo,* (ò à quien diga) *en el que desde ahora para quando llegue el caso, los incorporo, y no recaer en la Corona, ni en la Iglesia, ni agregarse à otro Convento de la misma, ni de otra Religion, ni à otra Comunidad, ni persona eclesiastica ni secular, ni tampoco à obra pública ni privada tanto, ò mas pia, y util con título de subrogacion, ò reunion, ò de mantener los Religio-*

(1) Canonistæ in cap. Verum, de Condition. apposit.

giosos, ò de ser mas necesaria, util, ò piadosa la obra, ò cosa, à que se apliquen, ni con otro sea el que fuere sin reservacion, pues lo prohibo expresa, y absolutamente, y toda conmutacion, y dispensacion de esta mi voluntad, y el uso de ella si se impetráre, aunque se conceda con vista, è insercion de esta cláusula, y de cierta ciencia, motu propio, y poder absoluto, como tambien el que los puedan vender, trocar, gravar, y enagenar: antes sí se ha de cumplir, y executar inviolable, exacta, y literalmente lo que dexo ordenado, sin interpretarlo, declararlo, ni tergiversarlo, y entenderse como lo confieso, que à saber que los Religiosos no lo habian de habitar perpetuamente sin intermision, que es la causa final, no se los donaria, y que esta donacion desde el instante en que dexaron su habitacion, se anuló, y quedó ineficáz, como desde ahora para entonces la constituyo tal. Y quiero, y mando que los bienes en ella contenidos pasen sin el menor decremento, desfalco, ni gravamen al citado mi mayorazgo: que si los Religiosos los vendieren, trocaren, enagenaren, hipotecaren, acensuraren, ò gravaren, ò parte de ellos, sea nulo todo, y no se transfiera derecho alguno à tercero, y que no los retengan ni un momento, ni su Religion, ni otra Comunidad, ni persona con ningun pretexto, à cuyo efecto los constituyo meros usufructuarios, y precarios poseedores, y me reservo para mí, y para los que dexo llamados à su goce, el pleno dominio, y propiedad de todos; y si transgredieren este precepto, y prohibicion, sean condenados à la íntegra restitucion de sus frutos, y rentas vencidas desde el dia de su transgresion, ò de la falta de habitacion, y en las costas, y daños que ocasionen al poseedor del mayorazgo à que dichos bienes han de hacer reversion, y agregarse; y como injustos detentadores de lo ageno contra la voluntad de su dueño, y destituidos de toda accion para pretender el todo ni parte de ellos, y ampliacion, ò prorrogacion del término que dexo prefinido para redificar el Convento, y para eximirse de la restitucion de sus frutos, sin que sea necesario interpelarlos para hacerla, no sean oidos, ni admitidos judicial ni extrajudicialmente, pues desde

aho-

ahora los privo, y excluyo de todas quantas intenten contra esta expresa prohibicion que hago de retencion, subrogacion, enagenacion, reunion, agregacion, gravamen, y empleo de dichos bienes, y sus frutos en otro destino que el referido, y de ampliacion, ò prorrogacion de los tantos años mencionados, aunque sea por via de equidad para la reedificacion, à fin de que jamás les sufraguen. Y à efecto de que la persona à quien han de bolver los bienes donados, pueda reivindicarlos, y por ignorancia de esta condicion no dexe de usar de su derecho, se ponga copia legalizada de esta escritura con la de fundacion del mayorazgo, y en esta se note, y prevenga por si se pierde, à fin de que se pueda sacar otra. Entonces como su voluntad está clara, y no dá margen, ni fomento à congeturas, ni interpretaciones siniestras, no se considera el no cumplimiento como delito productivo de pena, ò caducidad, sino como condicion coactiva, bajo de la qual, y no de otra suerte quiso el donante hacer la donacion, ò legado, por lo que se resolverá, y los bienes en ella comprehendidos harán regreso, ò reversion à él, ò pasarán à quien mandó pasasen. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, y lo advertirá à los donantes, y testadores, y precedida su indispensable instruccion, y annuencia, ligará las donaciones, y legados de modo que se eviten decisiones tal vez diametralmente opuestas à su voluntad, teniendo à la vista las clausulas anteriores que puse por modélo, y discurriendo, y adelantando quanto mas pueda, y no alcancé yo, en las que estienda para la mayor claridad, y firmeza de aquellas; pues no hay duda que muchos à prevenir lo que habia de suceder, no las harian, y si fuera posible preguntarles, responderian todo lo contrario à lo que por presunciones, y congeturas, las mas veces infundadas, y falaces, suele determinarse en juicio contencioso, lo qual es muy doloroso, y se debe precaver. El que quiera instruirse de la materia de donaciones *inter vivos*, vea à *Hermosilla* en las leyes 1. hasta la 10. del tit. 4. Partid. 5. que recopila muchisimas especies utiles, y dignas de saberse, y por no ser necesaria

al Escribano su pericia, y evitarle molestia, y trabajo, omito explicarlas.

33 La *ley* 33. *tit.* 11. *Partid.* 5. cuyas palabras son las siguientes:: *Pleyto, è promision faciendo dos omes entre sí*: que qualquiera dellos, que muriese primero que el otro que fincase, que heredase todo lo suyo: *tal pleyto, nin tal promision decimos que non debe valer, porque ninguno dellos non haya ocasion de se trabajar de muerte del otro por razon de heredar lo suyo*:: y otras del derecho comun (1) reprueban el contrato con pacto, ò promesa de succeder una persona à otra, ò dos entre sí, (que llaman en latin pacto *ad invicem succedendo*), asi entre marido, y muger, como entre otros, el que se ordena de esta suerte: *Otorgan, pactan, y se convienen en que si el citado Pedro muriere antes que Juan, le ha de succeder éste, y no otro, y heredar todos los bienes muebles, raices, derechos, y acciones que actualmente tiene, y entonces le correspondan; y por consiguiente si el enunciado Juan falleciere antes, le ha de succeder, y heredar en igual conformidad el referido Pedro; y ambos se obligan reciprocamente à no disponer cosa contraria à este pacto por ultima disposicion, ni por contrato entre vivos, y si lo hicieren, no valga, pues desde ahora lo dan por irrito, y de ningun valor, ni efecto, porque solo este pacto, y mutuo convenio se ha de observar inviolablemente, y no otro, aunque sea solemnizado con juramento, à cuyo fin renuncian la ley* 33. *tit.* 11. *Partid.* 5. *y demás que lo probiben.* Y el motivo de la prohibicion es por evitar que alguno de ellos maquine la muerte del otro, y porque por este pacto se priva el hombre de la facultad de testar libremente, la qual es de derecho público, como dexo expuesto en el capítulo I. num. 2. y por consiguiente el pacto contra ley, y buenas costumbres; por lo que, y por otras razones que recopila *Montalvo* en la ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real verb. *Sean deshere-*

(1) Leyes Pactum 15. Licet 19. Cod. de Pact. conven. Gom. en la 22. y fin. Cod. de Pactis. y Hæreditas 5. de Toro num. 18.

redados: al fin, no debe valer, aunque se ligue con juramento, segun lo dicen la *ley* 6. *Cod. de Pactis* ibi::: *Pacta, quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiant, nullam vim habere indubitati juris est.* y otros textos; (1) y solo se permite à los Soldados, que están en campaña para entrar en bélica funcion, y no tienen herederos forzosos, pues si alguno de ellos muere en la batalla, le heredará el otro, y tambien aunque no muera, si no revoca el pacto, mas si lo revoca, valdrá la revocacion. Tampoco vale el contrato con pacto *de futura succesione certo modo dividenda*, (que es de dividir la herencia que se espera de cierta, y determinada persona) aunque se vigorice con juramento, porque militan identicas razones; (2) pero siendo de persona incierta, es válido. (3) Del pacto *de non succedendo*, ò renuncia de legitimas, y futuras succesiones trataré en el cap. 14. §. 3. num. 47. y 48. que es su propio lugar.

34 Pero la hermandad, y comunicacion de bienes, ò por otro nombre el testamento reciproco, ò *ad invicem succedendo*, de que trata la *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *del Fuero Real*, es válido si no se revoca, en dos casos: el primero en defecto de legitimos ascendientes, y descendientes, y de hijos adoptivos, ò arrogados; (4) y el segundo no maquinando el superstite la muerte del otro, porque en el primero si tiene herederos forzosos, solo valdrá en el tercio, ò quinto, segun sean estos; y en el segundo verificada, y probada la muerte, pierde el superviviente por el mismo hecho la herencia, como dexo explicado en el capítulo 1. §. 16. num. 190. y asi se practíca entre casados aunque no haya pasado el año desde su casamiento, como dicha ley dispone, y entre otras personas, porque no es irrevocable

(1) Cap. Non est obligatorium, de regul. jur. lib. 6. cap. 1. & per tot. caus. 22. quæst. 4. cap. Si diligenti, de foro compet. Gom. ibi. num. 17.

(2) Ley fin. Cod. de pact. Gom. ibi. num. 30.

(3) Ley 3. §. De illo, ff. Pro socio. Gom. ibi. num. 31. vers. Limita tamen::

(4) Montalvo en ella glos. 1. y 2.

ble como el pacto *de succedendo*, por lo que qualquiera de ellos lo puede revocar como ultima voluntad, quando quiera.

35 La escritura de donacion inter vivos graciosa, y perfecta requiere las siguientes cláusulas: la primera, que se exprese quien dona, à quien, y lo qué, con individualidad de sus señales, de modo que no se dude de la cosa donada, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda, que el donante se desista, y à sus herederos, y succesores del dominio, ò propiedad, posesion, y otro qualquier derecho que à ella tenga, y lo ceda enteramente en el donatario, y en los suyos. La tercera, que les confiera poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para aposesionarse de la cosa donada sin su intervencion, usar, y disponer de ella à su arbitrio, como de cosa suya adquirida con legitimo título, y en el interin se constituya por su inquilino, y precario poseedor: y asimismo para insinuarla ante Juez competente en caso que exceda de los quinientos maravedis aureos, y le entregue los titulos de pertenencia, y la escritura de donacion. Advirtiendo que por estas clausulas no es visto vincular el donante la cosa donada, ni prohibir al donatario el libre uso de ella, sino solamente transferirle, y à sus herederos, y succesores su pleno dominio en concepto de libre, pues para la vinculacion son necesarias clausulas claras, y expresas con la prohibicion de enagenacion, y con imposicion de gravamen, y llamamiento de los succesores. La quarta, que declare que le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que por lo mismo no necesita de la cosa donada, ni la donacion es inmensa. La quinta, que se obligue à no revocarla con ningun motivo, ni pretexto, y si quisiere, constituirá esta obligacion con juramento para su mayor estabilidad; pero no pondrá en ella el Escribano la obligacion à la evicion de la cosa donada, ya sea pia, ò profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque este no está obligado à ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle nociva su libe-

ralidad. (1) La sexta, que el donatario si está presente, acepte la donacion, para que el donante no pueda retratarse, y se obligue à cumplír las cargas, y condiciones justas que éste le imponga, y las que tenga la cosa donada, y si no está presente, que pida el donante al Escribano la acepte por él, y éste lo haga en los terminos expuestos en el num. 19. con lo que queda firme. Y la septima es la guarentigia con la sumision à las Justicias, y renunciacion de leyes que otro qualquier instrumento, de que trataré en el capítulo siguiente §. IV. Si la donacion fuere remuneratoria, se añadirá à las clausulas referidas la de eviccion, que estenderé en el capítulo VII. §. I. num. 41. en el caso que el donante quiera obligarse à ella, y no de otra suerte.

§. II.

DONACION CAUSA MORTIS.

36 LA donacion *causa mortis* es la que el hombre, ò muger estando enfermos, ò sanos, hacen por temor de la muerte, ò con peligro muy grave presente, ò futuro de los que dexo expresados en el num. 1. Puede hacerla el que es capáz de testar, aunque esté bajo de la patria potestad, (2) no solo de los bienes presentes, sino de los futuros, y valdrá hasta en lo que permiten las leyes; (3) à diferencia de la donacion inter vivos que está prohibida hasta de los presentes, como dexo expues-

(1) Ley Aristo, §. fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de Ædilit. edict. Gomez lib. 2. Variar. cap. 2. num 35. & ibi Ayll. n 36.

(2) Leyes fin. tit. 4. Partid. 5. y 1. 3. y 35. ff. de Mortis causa donat. Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 34.

(3) Glos. verb. Accomodaverit, & ibi Bart. Bald. & alii in leg. fin. Cod. de pact. Boet. decis. 353 Parlador. lib. 2. cap. 8. num. 3. y 4.

puesto : Donar tambien por temor de la muerte de otro con la condicion de que si éste fallece, perciba el donatario la cosa donada, y si no, que no tenga accion à pedirla : (1) y ser donatario el que puede ser legatario, (2) ya esté presente, ò ausente quando se le hace la donacion.

37 Tres especies hay de donacion *causa mortis*, ò de tres maneras puede hacerse : la primera, quando el donante no tiene peligro de muerte, sino solamente temor de ella. La segunda, quando conmovido de él, la hace para que la cosa donada pase inmediatamente al donatario, y jamás deba restituirsela, aunque el donante convalezca, y revoque la donacion. Y la tercera, quando impelido del referido temor la hace para que no pase al instante, sino despues de su muerte, ò que no buelva à él, à menos que el donatario muera primero. (3) Y se previene que para la percepcion de la cosa donada, se ha de mirar la capacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante, y no quando este le hizo la donacion. (4)

38 Es válida la donacion *causa mortis* entre marido, y muger, entregandose al donatario la cosa donada, y se confirma con la muerte del donante, si durante su vida no la revoca, (5) pues tiene facultad de hacerlo quando quiera, ò darla à otro : porque la muerte es la que la dá el ser, no la voluntad del donante; lo que sucede al contrario en la donacion inter vivos que al instante vale, siendo simple, y pura.

39 La muger casada parece que sin licencia de su marido podrá hacer esta donacion, à menos que sea entregando incontinenti, ò antes de su fallecimiento al donatario la

(1) Ley Mortis causa 18. ff. Hoc titul.

(2) Ley Omnibus 9. ff. Hoc tit. Hermosill. en la ley 11. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. y 7. num. 2.

(3) Leyes Julianus 2. y Si alienam 13. §. 1. y su glos. magn. ff. hoc tit.

(4) Leyes In mortis causa 22. y Mortis causa 34. ff. hoc tit.

(5) Leyes 9. § fin. 10. y 11. ff. de Donat. inter vir. & uxor. y Si mortis causa 40. y penult. ff. hoc tit. Sr. Covar. de Testament. tertia pars. rubricæ num. 3. y siguient.

la posesion de la cosa que le dona, como dexo sentado en el capítulo I. §. V. num. 76; pero sobre ello hay variedad de opiniones, porque esta donacion en quanto à su forma, solemnidad, y ordenacion se equipara à contrato, y respecto de su confirmacion, y efecto à ultima voluntad; bien que la opinion afirmativa es la segura, y la de que podrá revocar la donacion sin dicha licencia, como dice *Hermosilla* en la *ley* 11. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 1. *num.* 3. *al* 5. La misma variedad hay en quanto à si el menor que tiene Curador, podrá hacerla sin licencia de éste. (1)

40 Conviene la donacion *causa mortis* con el legado en que en el donatario se transfiere el dominio de la cosa donada luego que el donante fallece, sin necesidad de tradicion; y si este se la entrega, se le transfiere al instante: en que en ella ha lugar el derecho de acrecer, y la caucion Muciana como en los legados: en que de ella se detrae la quarta falcidia, y se repele la condicion imposible: en que se revoca por la enagenacion voluntaria de la cosa donada: y en otras varias cosas que trae *Matienz.* en la ley 7. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop. glos.* 2. *num.* 40. al 50. y omito por no importar al Escribano. Y debe otorgarse segun el derecho de las Partidas ante cinco testigos; (2) pero algunos Autores (3) afirman que en su otorgamiento ha de intervenir la solemnidad que en el del testamento nuncupativo prescribe la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* inserta en el capítulo I. §. XIX. num. 208. porque surte los efectos de ultima voluntad, y como tal es revocable por su naturaleza hasta la muerte, por cuya razon bastarán tres

(1) Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 16. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 13. Matienz. en la ley 2. tit. 3. lib. 5 Recop. glos. 1. num. 2. vers. Donare autem causa mortis.

(2) Leyes fin. tit. 4. Partid. 5. y 105. al fin. tit. 18. Partid. 3.

(3) Ley ult. al fin. Cod. de Donat. causa mortis. Matienzo en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 2. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 16. vers. Unum tamen est. Hermosilla en dicha ley 11. tit. 4. y glos. 6. y 7. num. 4.

tres testigos vecinos con Escribano, ò cinco que no lo sean, y me conformo con su dictamen.

41 Espira, y se revoca la donacion *causa mortis* por tres causas, que expresa la *ley final tit.* 4. *Partid.* 5. en esta forma:: *E decimos que la donacion, que ome face de su voluntad estando enfermo, temiendose de la muerte, ò de otro peligro, que vale: pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras: la primera es, si se muere ante aquel à quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es si aquel que la fizo, guarece de aquella enfermedad, ò estuerce de aquel peligro porque se movia à hacer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera*, con cuya ley concuerda la 6. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real*; y en la revocacion por penitencia bastarán tres testigos para acreditarla, pues por la misma penitencia se revoca; bien que si intervinieren cinco, no dañarán. Y se previene que una vez revocada la donacion, debe restituir el donatario no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que se le hizo, aunque se le haya entregado entonces la cosa donada, (1) porque no es contrato válido, ni perfecto hasta que con la muerte del donante se confirma, como mas latamente explicaré en el cap. 2. n. 135. lib. 2. de mi segunda parte adicionada; lo qual no sucede en la donacion pura *inter vivos*, ni en otros que al instante valen, por lo que no hay obligacion de restituir los frutos percibidos antes de su revocacion. (2) En quanto à si se revocará el testamento que hace el que está en peligro inminente de muerte, en caso de convalecer de la enfermedad, al modo que la donacion *causa mortis*; vease à *Gomez* en la *ley* 3. *de Toro num. final*, que defiende que no se revoca por la convalecencia, sino lo revoca por otro, y asi se observa.

42 Sin embargo de lo dispuesto por las leyes citadas en

(1) Ley Cum quis, ff. de Condit. caus. dat.

(2) Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 21. vers. Sed advertendum. Matienz. en la ley 7. tit. 10 lib. 5. Recop. glos. 3. num. 10. y 11.

en el numero inmediato, será irrevocable la donacion *causa mortis*, si la cláusula de irrevocacion se ordena en esta forma: *Y para la mayor estabilidad de esta donacion me obligo, y juro por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta ✠ que no la revocaré por instrumento inter vivos, ni causa mortis, aunque concurran todas las causas, que prefine la ley final del tit. 4. Partid. 5. y demás que versan en el asunto: que con pretexto de ser formalizada por temor de la muerte, no me opondré à su tenor, ni alegaré excepcion que me sea propicia, porque la ordeno de mi libre, y espontanea voluntad: y que contra ella no tengo hecho, ni haré protesta, ni reclamacion, y si algo de lo expuesto practicare, à mas de ser nulo, por lo mismo sea esta donacion tan firme como si fuese hecha entre vivos con todas las clausulas por derecho necesarias para su subsistencia, que doy aqui por expresadas literalmente; à cuyo fin la apruebo, y ratifico, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato: E igualmente juro que no pediré relaxacion de este juramento &c.* con cuya cláusula valdrá en todo lo de que por derecho puede disponer el donante, porque se eleva à la clase, y esfera de donacion *inter vivos* por el juramento, el qual hace firme el contrato, que sin él no lo es, con tal que no ceda en perjucio de tercero, ò en dispendio de la salud eterna, ni sea contra buenas costumbres. (1)

43 En la donacion *causa mortis* lo que tiene que hacer el Escribano, es: expresar quién la hace, à quién, de qué cosa con individual mencion de sus señales, de suerte que no haya duda, ni equivocacion, y el motivo que tiene para hacerla, si es por estár enfermo, ò muy viejo, y temeroso de la muerte, ò aunque sano, si se halla en peligro inminente de ella por alguna de las causas explicadas en el num. 1. ù otras semejantes, pues si no se ex-

(1) Cap. Cum contingat 28. de Jure jurand. y regla Non est obligator. 58. de Reg. jur. in 6. Gutier. de Juram. confir. part. 1. cap. 12. Molin. de Just. & jur. tract. 2. disput. 287. num. 18.

expresa, se tendrá por donacion inter vivos, sin embargo de que el donante esté enfermo; (1) y añadirá que si éste muere de aquella enfermedad, ò perece en aquel peligro, valga la donacion, y el donatario pueda apoderarse de la cosa donada despues de su fallecimiento, à cuyo fin le conferirá el poder, y facultad que necesite; pero si convalece, ò sale de él, se entienda revocada enteramente, como si no la hubiera hecho; pues aunque realmente no es precisa esta adiccion, es bueno que se ponga, para que no se dude que es donacion *causa mortis*: y con estas clausulas quedará bien ordenada la escritura, la qual por su naturaleza no requiere mas renunciaciones, sumision, obligacion de persona, y bienes à su cumplimiento, ni otra cosa, porque es ultima voluntad, y como tal revocable.

44 Se previene al Escribano que esta donacion es revocable por su naturaleza hasta la muerte del que la hace, por ser ultima voluntad en quanto à sus efectos, y confirmacion, y como tal deambulatoria, por lo que no se perfecciona, ni cobra vigor hasta que el donante fallece, segun dexo expuesto, (2) y por lo mismo no ha de poner en ella la palabra *irrevocable*, ni otra de igual fuerza, y significacion, ni la cláusula de *irrevocacion* con juramento, ni sin él, ya sea menor, ò mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza, y sin orden del donante lo hacen; pues si la contiene, se estimará, y tendrá por donacion inter vivos, (3) y no podrá revocarla, ò à lo menos habrá dificultad sobre ser válida su revocacion, no concurriendo alguna de las causas explicadas en el num. 24. y careciendo de ella, podrá re-

(1) Ley Seya 42. §. fin. ff. de Mortis causa donat. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap 12. numer. 19. y fin. Sr. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 4. Partid. 5. verb. De la muerte.

(2) Ley Non videtur 32. ff. de Mortis causa donat.

(3) Ley Ubi ita 27. ff. de Mortis causa donat. Gutier. in Repet. Auth. sacramenta puber. num. 32. Matienzo en la ley 7. tit. 10 lib. 5. Recop. glos. 1. num. 10. y sig.

revocarla, aunque sea autes de convalecer perfectamente, (1) al modo que el testamento, ù otra ultima voluntad; pero si el donante instruido previamente de sus efectos se lo mandáre, la pondrá. Tambien se le previene que el donante puede nombrar en ella substituto del donatario. (2)

45 La fuerza, el miedo grave que cae en varon constante, y el dolo anulan los contratos, (3) y asi para que las donaciones sean válidas, es preciso que se hagan libre, y espontaneamente, pues de lo contrario se anularán, como lo resuelve la *ley final tit.* 4. *Partida* 5. cuyo contexto es este:: *E sobre todo decimos que si el ome ficiese donacion por premia que le ficiesen, ò por miedo que oviese que lo matarian, que tal donacion como ésta que non valdria*, con la qual concuerda la *ley* 7. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real*. El que apetezca mayor instruccion en esta materia, vea à *Hermosilla* en la ley 11. tit. 4. Partid. 5. à *Matienzo* en la 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. à la 3. y à los que citan, y tratan latamente de ella, pues para tinturar el Escribano conceptúo suficiente lo explicado.

§. III.

DONACION, O CESION à Estudiante.

46 PORque muchos legos por omitir à sus deudores, y cobrar sus debitos, hacían donaciones, ò cesiones de éstos à sus hijos, y parientes, y los en-

(1) Ley Mortis causa 16. ff. hoc tit.

(2) Leyes Ei, cui 10. ff. y 1. Cod. de Mortis causa donat.

(3) Leyes 1. tit. 10. y 7. tit. 33. Partid. 7. y 2. tit. 11. lib. 5. Recop. Sr. Greg. Lop. en las dos de Partid. y Matienzo en la Recop. glos. 2. num. 1. 2. y fin.

enviaban al estudio con el unico fin de exigirlos, de que se irrogaban à los deudores gravisimos perjuicios: para evitarlos, prohibió la *ley* 18. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recop.* que se hiciese donacion, ò cesion, (que asi la llama,) à Estudiante, y Cathedratico de la Universidad de Salamanca, y que se admitiese, excepto de padre à hijo; y mandó que ésta para ser válida, contubiese dos juramentos uno del padre, y otro del hijo: de lo qual instruye radicalmente el §. II. de dicha ley, que dice: *Pero por quanto muchas personas legas por fatigar à los que algo les debian, y aun por cobrar lo que no les debian, hacian cesiones en sus hijos, y en sus parientes que tenian en el estudio, y aunque no los tenian, los hacian ir al dicho estudio, y matricular solamente por esta causa, de lo qual nuestros subditos, y naturales eran muy fatigados, y sacados fuera de sus casas para litigar en jurisdicciones estrañas. Mandamos que de aqui adelante ninguna cesion que se hiciere à ningun Cathedratico, ni Estudiante del dicho estudio, no sea rescebida, salvo de padre à hijo, y no de otra persona alguna, y que el Maestre Escuela, ò su lugar Teniente antes que conozcan de esta causa, ni dén cartas para ello, resciban juramento asi del padre como del hijo que la deuda es verdadera, y que no lo hacen fraudalosamente, ni por fatigar, ni molestar aquel, contra quien la hacen: y que la dicha cesion se hace realmente para el dicho su hijo, y para su sustentamiento, y que el padre no habrá de ello cosa alguna, ni los otros sus hijos directe, ni indirecte; y que allende de esto el hijo jure que no rescibe la dicha cesion con intencion de bolver lo contenido en ella à su padee, ni à sus hermanos, y que el padre jure que no lo envia al dicho estudio principalmente para hacer la dicha cesion.* Por cuya legal disposicion se enterará el Escribano de la forma de estender esta escritura; y se le previene que aunque la ley inserta manda que el Maestre Escuela reciba el juramento, se entiende siendo formalizada la cesion sin él, pero no prohibe al Escribano que lo reciba, ni que ante él lo hagan espontaneamente el

el cedente, y cesonario, y asi conteniendolo la escritura, no necesita recibirlo el Maestre Escuela. La propia solemnidad debe observarse en las cesiones que se hacen à Cathedraticos, ò Estudiantes de la Universidad de Alcalá de Henares, como lo dice la ley 26. del mismo título, y libro; pero las que se hacen à otras personas, no requieren juramento por precision para ser estables, siendo los cedentes mayores de veinte y cinco años, y capaces de contraer por sí solos.

§. FINAL.

ESCRITURAS CORRESPONDIENTES à este Capítulo.

DONACION GRACIOSA.

47 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella, mayor que expresó ser de veinte y cinco años, y que por sí propio gobierna su persona, y bienes, dixo que de su libre, y espontanea voluntad por el mucho amor, y afecto que profesa à Juan Fernandez de la misma vecindad, y sin otro motivo, ni respecto le hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos de una casa que posee en esta Villa en tal calle, (*aquí se pondrán los linderos, y señales de la casa con claridad*) la qual le dona con toda su fabrica, centro, buelo, entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, y servidumbres que ha tenido, tiene, y de hecho, y por derecho le perteneceen, y pueden tocar, y con obligacion de cumplir las

car-

cargas, à que está afecta, y son: (*aqui se especificarán las cargas, y si ninguna tubiere, dirá:*) por libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito, y expreso. Y desde hoy en adelante para siempre jamás se abdica, desprende, desapodera, desiste, quita, y aparta, y à sus herederos, y succesores de la posesion, y dominio, ò propiedad, título, voz, recurso, y otro qualquier derecho que à la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia, y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, utiles, mixtas, directas, executivas, y demás que le competen, en el mencionado Juan Fernandez, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituye Procurador actor en su propio negocio, para que la goce, y sin dependencia, ni intervencion del otorgante la cambie, enagene, use, y disponga de ella como de cosa suya adquirida con justo legìtimo título, y tome, y aprenda de su autoridad, ò judicialmente la real tenencia, y posesion, que en virtud de este instrumento le pertenece; y para que no necesite tomarla, y antes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto puede disponer de ella libremente à su arbitrio, formaliza à su favor esta escritura, de la qual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las que sin mas acto de aprension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido, y transferidosele dicha posesion, y en el interin se constituye su inquilino, y precario poseedor en legal forma, y à este efecto le entrega los titulos de su pertenencia à mi presencia, de que doy fé, con arreglo à lo prevenido por las leyes óctava, y nona del título trigesimo Partida tercera, pára que de esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno à la prenotada casa, y esta donacion sea perfecta, y estable en todas sus partes. Y declara que no es inmensa: que no necesita de la casa donada, porque le quedan bienes suficientes para su decente manutencion: y que no excede de los quinientos maravedis aureos,

que

que la *ley* 9. *tit.* 4. *Partid.* 5. permite se puedan donar sin insinuacion; y en el caso que exceda, le dá igual poder para que sin su dependencia, citacion, intervencion, ni otro requisito la insinúe ante Juez competente, à fin de que la apruebe, y à ella interponga su autoridad para su mayor validacion, pues desde ahora la há el otorgante por insinuada con todas las solemnidades que legalmente están prescriptas; suple, y pide se haya por suplido qualquier substancial defecto, que incluya; y se obliga à no revocarla, à menos que intervenga causa legal, y si lo hiciere, quiere que no se le admita en juicio, ni fuera de él, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos, y estabilidades, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato, à todo lo qual consiente ser apremiado por todo rigor, y para ello se somete à los señores Jueces de esta Villa, obliga su persona, y bienes à su cumplimiento, lo recibe por sentencia difinitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, y renuncia todas las leyes, fueros, y derechos de su favor. Y habiendo oido, y enteradose de esta escritura el expresado Juan Fernandez, que está presente, dixo que acepta en todo, y por todo la donacion que contiene, para usar de ella como le convenga; estima la merced que el enunciado Pedro le ha hecho, por la que le tributa las debidas gracias; recibe los titulos de la referida casa, y se obliga à cumplir todas las cargas à que está afecta, y à este fin le dá por libre, esento, è indemne de su responsabilidad. En cuyo testimonio, y con la prevencion de que el donante no queda obligado à la evicion, ni saneamiento de la citada casa en el todo ni parte con ningun pretexto, aunque perezca, ò la quiten en juicio al donatario, asi lo otorgan, y firman ambos, à quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa. *Si el donatario estubiere ausente, se añadirá la cláusula estendida en el num.* 19. *para el efecto que en ella se enuncia; lo que no echará al olvido el Escribano.*

NOTA.

La escritura anterior es de donacion graciosa, como de su contexto se reconoce, por lo que no puse en ella: *que el donante la hace por servicios que el donatario le hizo*, como los Autores Escribanos que trataron de ella, lo han puesto, pues esto es remuneracion, y la donacion pura graciosa debe ser hecha por amor, y mera liberalidad del donante sin respeto, motivo, ni atencion à servicios, ni beneficios recibidos del donatario, y lo demás es confundir una donacion con otra. Tampoco puse renunciacion de la ley 69. de Toro, que prohibe las donaciones inmensas, porque es superflua, y solo será adequada quando el donante dona todos sus bienes, ò se queda sin lo preciso para su conservacion, (que para el caso viene à ser lo propio) y aun entonces será infructuosa la renunciacion, porque la donacion es nula *ipso jure* por las razones que dexo expuestas en el num. 8. pero el Escribano la pondrá si quisiere el donante. Omití el juramento, porque la *ley* 67. *tit.* 18. *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar la escritura de donacion, no lo pone, ni este contrato es de los que lo requieren por precision para su estabilidad: y aunque la *ley* 12, *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop.* permite que pueda interponerse en él, no lo manda, ni dice que sin él no valga, y asi por dexar de contenerlo, no podrá revocarse, sin embargo de que intervenga rescripto del Principe, como lo dice la ley *Si donationem* 5. *Cod. de Revocand. donationib.* respecto de que ninguna cláusula de las esenciales la falta para su firmeza; mas esto no quita que el Escribano lo ponga si el donante se lo mandáre, y no de otra suerte. Y le prevengo que se vaya con mucho cuidado, y pie de plomo en ligar los contratos con juramento, porque à mas de resistirlo el derecho Real, hay mucho riesgo en su interposicion; y aunque los arrendamientos de rentas de Monasterios, Iglesias, Eclesiasticos, y los de Menores, Concejos, Comunidades, mugeres càsadas,

ven-

ventas, dotes, arras, donaciones, compromisos, transacciones, y enagenaciones perpetuas pueden contenerlo, no obliga la ley 12. citada, à que se interponga en ellos, y solo lo permite, lo qual es muy diverso: ni dice que no valen, careciendo de él, por lo que siendo los otorgantes mayores de veinte y cinco años, no lo ponga sin su expreso mandato, pues las leyes prescriben las clausulas conducentes à su validacion sin necesidad de juramento. Omití tambien en la obligacion de no revocarla, la expresion: *por ninguna de las causas, que el derecho prefine*, y renunciacion de la *ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. que las explica, y en su lugar puse la: *à menos que intervenga causa legal*, porque en la donacion graciosa no deben ponerse sin previa ciencia, y orden del donante, por la razon que dexo expuesta al fin del num. 26. pero en la remuneratoria bien podrá ponerlas el Escribano, pues aunque el donatario cometa alguna ingratitud contra el donante, no se debe llamar ingratitud, porque ésta supone beneficio recibido, el que no hay en la donacion remuneratoria, sino una mera paga, compensacion, y satisfaccion de lo que se le debe, por cuya causa debe el donante obligarse à la evicion de lo que dona, no pactandose lo contrario entre los dos. Ultimamente omití imponer pena al donante, porque aunque dicha ley 67. de Partida permite, y supone imponersela para cumplir mejor, y no revocar la donacion, esto no es precisarle à que se la imponga, por lo que no es pena legal, y asi podrá imponersela si quisiere, como igualmente al donatario, y cosa donada los gravamenes, y condiciones honestas que le parezca, y puedan cumplirse. Advierto al Escribano lo primero, que en la donacion graciosa, ya sea de alhaja, ò finca en propiedad, ò de usufruto determinado de algunas para el donatario, nunca obligue al donante à la evicion, y saneamiento de la finca, ni à que la renta será cierta, ò las fincas producirán tanta fixa al donatario; antes por el contrario ha de expresar que no queda obligado à ello, porque será motivo de pleyto, y su liberalidad cederá en su detrimento, y le será gravosa, y nociva, excepto que quiera obli-

garse, y se lo mande poner asi. Y lo segundo, que la aceptacion de la donacion puede hacerse en instrumento separado, en cuyo caso se citará ésta individualmente, ò insertará original en ella; y si la cosa donada no tiene cargas, ò el donante no la grava, no tiene que obligarse el donatario à su cumplimiento.

INSINUACION.

48 LA insinuacion no es otra cosa, que una manifestacion que en vida del donante, y donatario (pues no puede hacerse despues que aquel muere, ni compete à su heredero esta facultad, ni à los del donatario la de pedir que se haga) se hace de la escritura de donacion al Juez mayor del Pueblo en que se otorga, à fin de que examinando previamente la voluntad del donante, pues la ha de pedir éste, ò con su poder el donatario, (1) y viendo que no fue violentado à hacerla, ni hubo dolo, ni colusion, la apruebe, è interponga à ella su autoridad, para que sea firme en caso que exceda de los quinientos maravedis aureos, pues no excediendo, no necesita ser insinuada, como dexo sentado. Puede manifestarla el donante, ò con su poder el donatario, (el que le dará en la misma escritura, como en la precedente, en cuyo caso no necesita ser citado el donante) de una de dos maneras, que son: presentando solamente la escritura al Juez, y poniendo à su continuacion su pretension, y aprobacion; ò con pedimento, y entonces se pone el correspondiente auto ante testigos, si en el Juzgado hay costumbre de ponerlos en los autos, y no de otra suerte, y todo se entrega al donatario, y se estiende en esta forma.

(1) Barbos. vot. 25. num. 71.

PE-

PEDIMENTO.

Pedro Rodriguez vecino de esta Villa, ante Vm. como mejor proceda, y en derecho lugar haya, digo que en tantos de este mes de mi libre, y espontanea voluntad, y por el amor que profeso à Juan Fernandez de la propia vecindad, le hice donacion de una casa, que poseia en tal calle, y de ella otorgué à su favor ante Fulano Escribano Real la correspondiente escritura, que en debida forma exhibo, è insinúo; y mediante exceder esta donacion de los quinientos maravedis aureos, ser cierta, verdadera, y no simulada, no perjudicar à la Real Hacienda, ni à tercero, ni haber intervenido en ella miedo, violencia, dolo, ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario juro solemnemente: en esta atencion = A Vm. suplíco se sirva haberla por insinuada, y legitimamente manifestada, y en su conseqüencia aprobarla, è interponer su judicial autoridad quanto haya lugar en derecho para su mayor firmeza, y validacion, y mandar que con este pedimento, y auto de aprobacion se entregue original al donatario, para que use de ella como le convenga, pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

AUTO.

Hase por exhibida, è insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se refiere, à la qual para su mayor estabilidad se interpone la judicial autoridad en legal forma: entreguese original al donatario, para que use de ella como le convenga, segun se pretende: el Señor D. Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó, y firmó en ella à tantos de tal mes, y año &c.

REVOCACION DE DONACION.

49 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella dixo que por el mucho amor que profesaba à Juan Fernandez de la misma vecindad, le donó graciosamente en posesion, y propiedad una casa que le pertenecia en tal calle, de que otorgó à su favor la correspondiente escritura en tal dia, mes, y año ante Fulano Escribano: y que en vez de ser grato al beneficio que de él recibió, no solo no lo hizo, sino que como ingrato, y desconocido olvidandose enteramente de lo que le debia, tubo la avilantez, y osadia de poner en él tal dia sus manos ayradas, conminandole de muerte, y profiriendo al mismo tiempo contra su honor palabras ignominiosas à presencia de varias personas, por cuyo delito se hizo acreedor, y condigno del mas severo castigo; y para que no quede impune, y sirva à otros de exemplo, y escarmiento, sin perjuicio de usar contra él de la accion criminal que le compete, ha resuelto revocar dicha donacion, y poniendolo en execucion, en la via, y forma què mas haya lugar en derecho, usando de la facultad que la *ley* 10. *del tit.* 4. *Partid.* 5. y demás que de este asunto tratan, le confieren. = Otorga que revoca, è invalida enteramente la referida donacion, da por rota, y cancelada la escritura, que de ella formalizó, la declara por irrita, y de ningun valor, y efecto desde el punto en que el donatario cometió el delito, è ingratitud mencionada, y quiere que por tal se estime, y declare judicial, y extrajudicialmente, y que en su protocolo se note, y prevenga esta revocacion, para que siempre conste; y en su consequencia desiste, quita, aparta, y priva enteramente al citado Juan Fernandez, y à sus herederos, y de succesores de la propiedad, posesion, goce, usufruto, y otra qualquiera accion, y derecho, que à la nominada casa habia adquiri-

do

do en fuerza de dicha donacion, y los excluye de todo para siempre: y para que esta revocacion sea efectiva, y le conste, me requiere que se la haga saber, y notifique le debuelva la escritura de donacion, que otorgó à su favor con los titulos de la mencionada casa, à fin de que en caso de escusarse à su entrega, pueda el otorgante usar contra él para reivindicarla, de las acciones que le competan, las quales dexa vivas, ilesas, y en su fuerza, y vigor; y que de haberle requerido se ponga por mí à continuacion de esta revocacion el conducente testimonio con la respuesta que dé, debolviendoselo todo original para su resguardo. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

NOTIFICACION, Y REQUERIMIENTO.

En tal Villa à tantos de tal mes, y año yo el Escribano leí, è hice saber la escritura de revocacion precedente à Juan Fernandez en ella contenido en su persona, y le requerí entregue à Pedro Rodriguez la de donacion, y titulos de la casa que en ella se expresan, y enterado dixo: (*aqui se pondrá la respuesta que dé*) esto respondió, y lo firma, doy fé.

DONACION REMUNERATORIA.

50 EN tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella dixo que Pedro Lopez de la propia vecindad le ha hecho tales beneficios (*aqui se expresarán los que sean*) y deseando como grato, y obligado corresponderle, y remunerarselos en algun modo, ha deliberado donarle para siempre una tierra, que posee en termino de esta Villa; y poniendolo en execucion, en la via, y forma que

mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre, y espontanea voluntad: Otorga que hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos para siempre jamás al citado Pedro Lopez, sus herederos, y succesores de la referida tierra, en que caben al poco mas, ò menos tantas fanegas de sembradura, la qual está en el término de esta Villa, y sitio, que llaman de tal, y linda &c. (*aqui sus linderos*) cuya tierra le dona con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, y servidumbres que hasta ahora ha tenido, y de hecho, y por derecho le pertenecen, y pueden corresponder, por libre de memoria &c. (*proseguirá como la escritura de donacion graciosa hasta la cláusula de insinuacion, y ésta se pondrá si se quisiere, bien que no es precisa, aunque la cosa donada exceda de los quinientos maravedis aureos, como queda sentado: à su continuacion la de irrevocacion que dexo estendida en el num. 25. despues la de eviccion que estenderé en el cap. VII. §. I. num. 41. y §. fin. num. 150. y lo ultimo la guarentigia, sumision, renunciacion, y aceptacion que la precedente;*) pues lo omito por evitar prolixidad.

ESCRITURA DE DONACION, y cesion de una casa à renta vitalicia.

51 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Pedro de tal vecino de ella dixo le pertenece en posesion, y propiedad una casa sita en tal calle que linda &c. (*aqui sus linderos,*) y habiendo experimentado que por su situacion, por los huecos, reparos, y malas pagas, y por otros motivos le produce muy poco; considerando que está expuesta à una ruina, è incendio; que en venta no le darán por ella veinte mil reales, en que se le aplicó por muerte de sus padres,

y

y antes bien cada dia se irá deteriorando: y que consumirá prontamente lo liquido, que deducidos gastos de alcabala, y escritura, le quede, y luego se hallará sin tener lo necesario para su diaria subsistencia; deseando asegurar esta, mediante hallarse con otros bienes para testar à beneficio de su alma, y sin herederos forzosos: deliberó donarla, y cederla à renta vitalicia à Don Juan de tal, regulando esta à un nueve por ciento à imitacion, y con arreglo al fondo vitalicio à dinero establecido por Real Decreto de primero de Noviembre de 1768. y contando por consiguiente con cinco reales diarios, en lo que se convinieron ambos; y para que tenga efecto su convenio: en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete. = Otorga que por sí, y en nombre de sus herederos, succesores, y de quien de ellos hubiere título, voz, y causa en qualquiera manera, cede, renuncia, y traspasa para siempre, y hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos al expresado Don Juan de tal, y à los suyos de la nominada casa en posesion, propiedad, y usufruto, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías, y servidumbres que ha tenido, tiene, y la corresponden, y deben corresponder sin limitacion, ni reservacion; cuya cesion, renuncia, y donacion le hace con las calidades, y condiciones siguientes.

Que el referido Don Juan, sus herederos, y succesores han de contribuir al Don Pedro en cada un dia por todos los de su vida, incluso el de su fallecimiento, y satisfacerle por mesadas cinco reales de vellon, que componen algo mas que un nueve por ciento del valor en que se le aplicó la casa, los que le satisfarán el dia ultimo de cada mes en buena moneda de plata, ù oro usual, y corriente, y no en otra cosa, ni especie, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza; y su satisfaccion ha de ser cierta, puntual, y efectiva durante la vida del Don Pedro, aunque sea tan dilatada que sus mesadas, y annualidades consuman, y superen no solo una, sino muchas veces los enunciados veinte mil reales, y los alquileres liquidos que

per-

perciba de ella, sin que por este motivo, ni por incendio, ruina, ni otro caso fortuito que en ella acaezca, puedan escusarse à su total, ni parcial solucion, ni alegar agravio, lesion, ni otra excepcion por legitima, y admisible que sea en juicio, ni pretender descuento, baja, ni moderacion de los cinco reales diarios, ni de parte de ellos; y si lo pretendieren, sean repelidos como quien pretende lo que por ningun título le toca.

Que el nominado Don Juan, y sus succesores han de tener bien labrada, y reparada à sus expensas de todo lo necesario la citada casa, de modo que no padezca decremento: pagar todas las cargas à que está afecta, y no venderla, cederla, donarla, enagenarla, dividirla, gravarla, ni hipotecarla à deuda, ni responsabilidad durante la vida del otorgante, pues se les prohibe, y priva de ello; y si lo hicieren, sea nulo, y no se transfieran su dominio, posesion, ni hipoteca à otro poseedor, como practicado contra este pacto expreso, y prohibicion absoluta de no enagenar, ni hipotecar; à la observancia del qual queda desde ahora sujeta, y ligada tambien especial, y expresamente la mencionada casa.

Que si no cumplieren con lo expuesto en las dos condiciones precedentes, ò contravinieren al todo, ò parte de ello, ha de ser visto quedar como desde ahora queda extincta, anulada, y revocada por el mismo hecho esta cesion, y donacion, y poder apoderarse de propia autoridad el otorgante de la prenotada casa, y disponer de ella à su arbitrio, para lo qual se le concede amplia facultad, sin que necesite acudir à la Justicia, ni citar, ni interpelar al Don Juan, ò al que la posea, ni éste tenga la mas leve accion para impedirselo, ni tampoco para pretender les debuelva el todo, ni parte de los cinco reales hasta entonces percibidos, pues los ha de hacer suyos enteramente, al modo que el poseedor el producto de sus alquileres: entenderse compensado uno con otro, no obstante que medie notabilisima diferencia, y exceso: y no poder alegar lesion, ni otra excepcion propicia, la que no se le deberá admitir.

Que si se verificare que el otorgante tiene cedida, dona-

nada, vendida, ò enagenada la referida casa, ò que está gravada con mas cargas que &c. (*se expresarán las que sean*) no solo no ha de tener obligacion el que la posea, de contribuirle con los cinco reales diarios, ni parte de ellos, sino que por el mismo hecho, dolo, y ocultacion ha de ser visto haber espirado este contrato, y poder ser compelido à entregarle el exceso que haya de lo percibido por la renta vitalicia desde hoy, al liquido producto de sus alquileres, bajados huecos, reparos, malas pagas, y administracion, y estár à su relacion jurada sin otra prueba, ni justificacion, pues de ella le releva en forma; y no practicandolo, ha de poder retenerla el que la posea para reintegrarse de todo, y de los gastos, perjuicios, intereses, ò menoscabos que se le irroguen, y deberá bonificarle tambien en virtud de la propia relacion, sin que hasta conseguir el total reintegro pueda ser despojado de ella, ni el otorgante tenga la mas leve accion, para intentar el despojo, ni su administracion, ni para pretender cosa alguna de lo que rente; y si se la demandáre, y quitáre en juicio algun tercero, ha de restituirle incontinenti (citandole de eviccion el poseedor conforme à derecho) todo lo referido, y à ello poder ser executado por todo rigor con costas, y salarios; y durante el litigio no ha de poder pretender tampoco los cinco reales diarios, ni otra cosa alguna de sus alquileres, aunque por sí mismo, y à sus expensas siga el pleyto que se suscite, antes bien los ha de percibir el poseedor como hasta entónces para en parte de reintegro de el exceso desembolsado, y demás que haya lugar; però sino fuere vencido en él, continuará este contrato.

Que con la vida de dicho Don Pedro ha de espirar, y extinguirse entera, y absolutamente para siempre la obligagacion de contribuir el Don Juan, y sus succesores con los cinco reales diarios, y no continuar, ni transmitirse à los herederos de aquel la accion à su percibo, aunque su vida sea tan corta, y limitada que se acabe à muy poco tiempo despues de otorgada esta escritura; ni poder pretender estos el todo, ni parte de la propiedad de la casa,

ni

ni de los alquileres que haya producido hasta entonces, y produzca en lo succesivo, pues todo lo cede, y queda perpetuamente à su beneficio privativo, ò del que la posea, por via de remuneracion, y recompensa de el riesgo, y peligro à que se expone de que la contribucion de los cinco reales diarios sea en sumo grado superior, y excesiva à los veinte mil en que la casa se valuó, y à los alquileres liquidos que reditúe, à cuyo fin, y el de que despues de sus dias pueda disponer de ella à su arbitrio como de cosa suya propia adquirida con legitimo, y justo título, le hace nuevamente desde ahora à mayor abundamiento gracia, cesion, y donacion pura, perfecta, è irrevocable con insinuacion, y demás firmezas legales, para que de esta suerte sea mutuamente igual à entrambos otorgantes este contrato, licito, y justo como tal en todas sus partes, y ninguno pueda recederse de él, contravenirlo, ni interpretarlo con pretexto alguno.

Con cuyas calidades, y condiciones cede, y dona el expresado Don Pedro à dicho Don Juan, y à sus herederos, y succesores la mencionada casa en posesion, propiedad, y usufruto; y desde hoy en adelante para siempre jamás se abdica, desprende, desapodera, desiste, quita, y aparta, y à los suyos del dominio util, y directo, título, voz, recurso, y otro qualquiera derecho que à ella le corresponde, y todo con las acciones reales, personales, utiles, mixtas, directas, executivas, y demás que le competen, lo cede, renuncia, y traspasa en el referido Don Juan, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituye Procurador actor en su misma causa, para que de su autoridad, ò judicialmente tome, y aprenda de ella por sí, y en nombre de sus succesores la real tenencia, y posesion que le pertenece, y para que no necesite tomarla, formaliza à su favor esta escritura, de la qual quiere se le dén las copias que pida, sin que para darlas se requiera auto de Juez, ni citacion de parte, con la que sin otro acto de aprehension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprehendido, y transferidosele su posesion, y pleno dominio, y en el interin se constituye su inquilino, te-

tenedor, y precario poseedor en legal forma, le entrega los titulos de su pertenencia, y se obliga à su eviccion, y saneamiento. Y declara le quedan bienes suficientes para testar, y que esta cesion, y donacion no es inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho; y se obliga à no revocarla sin que intervenga alguno de los motivos expuestos, y si lo hiciere, no valga, y sea visto por lo mismo haberla formalizado con mayores vínculos, y estabilidades, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y quiere que para el abono de las mesadas que el Don Juan, ò quien le represente, le entreguen, baste recibo simple firmado del otorgante, ò de quien su poder tenga, sin que se le pueda pedir con mas solemnidad, pues no ha de ser obligado à darselo con otra. = Y el precitado Don Juan que está presente, enterado de esta escritura, dixo que acepta la cesion, y donacion que contiene, y se obliga, y à sus herederos, y succesores à contribuir al Don Pedro con los cinco reales diarios por todos los dias de su vida, incluso el de su fallecimiento, y por mesadas en el ultimo de cada mes empezando desde hoy, con la mayor puntualidad en buena moneda de plata, ù oro usual, y corriente pena de execucion, costas, y salarios: à reparar la casa, pagar sus cargas, y no alegar excepcion alguna para eximirse de esto, y de la solucion de las mesadas: à no enagenarla, gravarla, ni hipotecarla mientras viva el enunciado Don Pedro: y à cumplir con toda exactitud en quanto esté de su parte, las condiciones con que esta cesion le queda hecha, sin interpretarla, tergiversarla, ni contravenirla total, ni parcialmente, pena de no ser oido en Juicio, ni fuera de él, y antes sí repelido, y en costas condenado. Y ambos otorgantes formalizan respectivamente esta escritura con todas las clausulas que para su mayor validacion sean congruentes, y legalmente necesarias; y quieren se haya por suplido qualquiera substancial defecto que incluya; y à su cumplimiento obligan sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes &c.

NO-

NOTA.

De la naturaleza de este contrato han entendido poco los Autores formularistas de escrituras, y por eso omitieron tratar de él; y porque puede ofrecerse al Escribano alguna de esta clase, estendí para su instruccion, y tube por conveniente adicionar aqui la anterior con las indispensables clausulas, y firmezas que para seguridad reciproca de los contrayentes se requieren, y deberá tener presentes quando le ocurra, poniendo las demás que estos quieran, y no sean contrarias, ni destructivas de las que contiene.

DONACION, O CESION à Estudiante.

52 EN tal parte à tantos de tal mes, y año ante mi el Escribano, y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella dixo que por quanto tiene determinado enviar à su hijo Juan Rodriguez à la Universidad de Salamanca à estudiar tal ciencia, y es preciso consignarle para sus alimentos lo correspondiente à su decencia; por tanto mediante deberle pagar anualmente Antonio Lopez vecino de tal parte tanta cantidad por tal razon, y tener proporcion su hijo de cobrarla por la inmediacion à dicha Universidad = Otorga que cede, dona, renuncia, y traspasa al enunciado Juan Rodriguez la mencionada cantidad que el prenotado Antonio Lopez está obligado à satisfacerle; y le confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y facultad de substituirlo, para que la haya, perciba, y cobre judicial, ò extrajudicialmente por sí, ò por medio de sus substitutos à efecto de alimentarse, y formalice à favor del deudor los recibos, cartas de pago, y demas resguardos congruentes con las clau-

clausulas, y firmezas necesarias, y cesiones, y lastos à quien por él la satisfaciere, pues el otorgante los aprueba, y ratifica, y quiere sean tan subsistentes, como si presenciára à su otorgamiento; y si para exigirla fuere preciso comparecer en juicio, lo execute, practicando en los Tribunales superiores, è inferiores competentes todos los actos, autos, y diligencias judiciales, y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria por sí propio, hasta conseguir su plena cobranza, y la solucion de las costas, y daños que por su morosidad se le causen, pues para ello le confiere el poder, y facultad que necesite sin limitacion; le constituye Procurador actor en su propio negocio; le hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos de dicha cantidad con las estabilidades conducentes: cesion de sus derechos, y acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demás que le corresponden, con subrogacion en forma, y se obliga à no revocarla total, ni parcialmente; y si lo hiciere, no valga. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como ésta ✠ que dicha deuda, y esta cesion son verdaderas, y no simuladas, y para los alimentos del citado su hijo: que él, ni los demás sus hijos nada habrán directa, ni indirectamente de ella: que no la hace fraudalosamente, ni por molestar al deudor: y que no envia su hijo al referido estudio principalmente por hacer dicha cesion, ni por cobrar su importe, sino porque se instruya, y aprenda la enunciada ciencia. Y el prenotado Juan Rodriguez que está presente, dice que acepta esta donacion, y cesion en todo, y por todo, estima la merced que su padre le ha hecho, por la que le dá las debidas gracias, y jura en la misma forma que éste, que no recibe el enunciado credito con intencion de entregarle cosa alguna de su importe, ni à sus hermanos, sino que antes bien ha de expenderlo integramente en sus alimentos; y que el nominado su padre le hizo cesion de él, para invertirlo efectivamente en este fin, y no en otro alguno; y ambos asi lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo tes-

testigos Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

NOTA.

Si la cosa que se cede, es deuda que procede de vale, ò escritura, se entregará el documento que la justifique, al hijo, y de ello dará fé el Escribano. Omito estender la escritura de donacion *causa mortis*, por evitar prolixidad, pues con lo que dexo explicado en los numeros 43. y 44. puede ordenarla el Escribano con la correpondiente perfeccion.

OTRA SOBRE EL PAPEL SELLADO.

Las copias de las escrituras de donacion que asciende, ò excede de mil ducados, se han de sacar en papel del sello primero: si no llegan à ellos, en el del segundo, y no llegando à ciento, en el del sello quarto, en el que se han de estender los protocolos de todas; y lo mismo debe practicarse en la cesion à Estudiante.

FIN DEL TOMO PRIMERO.



